PODER JUDICIAL DEL PERÚ

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL COMERCIAL

Lima, 7 y 8 de setiembre del 2017

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Centro de Investigaciones Judiciales
Corte Superior de Justicia de Lima

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL COMERCIAL

Participantes
Jueces Superiores, Especializados

Lima, 7 y 8 de setiembre del 2017

Edición

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ)
Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso
Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n
Cercado de Lima – Perú
Teléfono: 410–1010 anexos: 11573 - 11575
www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij

Unidad de Plenos Jurisdiccionales y Capacitación
Equipo:

- Liz Anabel Rebaza Vásquez (Coordinadora)
- Miguel Ángel López Castro
- Katherine Bernarda Llanos Gutiérrez
- Marcos Omar Morán Valdez
- Cristóbal Antonio Solís Montañez
- Enrique Bruno Otárola Chávez
- Jacqueline Marisol López Carranza
- Javier Alfredo Escalante Gómez
- Gabriela Daniela Cuadros Correa
- Rosario del Pilar Jara Huarcaya

El contenido de los textos que aparecen en el presente material de lectura es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete la opinión del Centro de Investigaciones Judiciales o del Poder Judicial.

Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Presidente

Ramiro Eduardo de Valdivia Cano
Francisco Artemio Távara Córdova
Vicente Rodolfo Walde Jáuregui
Víctor Lucas Ticona Postigo*
César Eugenio San Martín Castro
José Luis Lecaros Cornejo
Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Josue Pariona Pastrana
Ana María Aranda Rodríguez
Javier Arevalo Vela
Jorge Luis Salas Arena
Elvia Barrios Alvarado
Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
César José Hinostroza Pariachi
Ángel Henry Romero Díaz
Héctor Enrique Lama More

* Con Licencia Constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Duberli Apolinar Rodríguez Tineo
Presidente

Héctor Enrique Lama More
Juez Supremo

Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi
Juez Supremo

Augusto Ruidías Farfán
Juez Superior

Rosa Amelia Vera Meléndez
Juez Especializado

Alfredo Álvarez Díaz
Representante de los
Colegios de Abogados del Perú

Comisión de Actos Preparatorios
Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

JOSÉ WILFREDO DÍAZ VALLEJOS
Presidente

MIGUEL BENITO RIVERA GAMBOA
Integrante

JUAN CARLOS CIEZA ROJAS
Integrante

EDWIN BAUTISTA DIPAZ
Integrante

Índice General

Presentación
Dr. José Wilfredo Díaz Vallejos
Presidente de la Comisión de Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de Lima

Pág.

Temas

1. **Competencia y procedencia de la demanda de tercería preferente de pago interpuesta por acreedor hipotecario contra embargo y remate trabado sobre el mismo bien hipotecado, en procedimiento de cobranza coactiva.**

   ¿Si una persona que tiene garantizado su crédito con garantía hipotecaria, se entera que un ejecutor coactivo de SUNAT o de otra entidad del Estado, dentro de un procedimiento de cobranza coactiva, ha trabado embargo en forma de inscripción sobre el mismo bien otorgado en hipoteca. ¿El acreedor hipotecario, con el propósito de proteger o tutelar su crédito y evitar que el bien inmueble sea rematado en el procedimiento administrativo, puede interponer una demanda de tercería preferente de pago ante el juez que conoce de su demanda de ejecución de garantía o ante un juez civil, si todavía no interpuso demanda de ejecución de garantía o una demanda de tercería es improcedente en el caso propuesto? **10**

2. **Competencia para conocer la ejecución y recurso de anulación de laudo en materia previsional**

   ¿Son competentes para conocer las demandas de ejecución y recurso de anulación de laudo en materia previsional los Juzgados y las Salas Comerciales, respectivamente? **485**

3. **Implicancia de la incautación y el decomiso dispuestos en el proceso penal, de un bien afectado en garantía que es objeto de ejecución.** **675**

   ¿Qué implicancias tiene respecto del remate de un bien hipotecado, la medida de incautación de bien dictada en un proceso penal?

¿Qué implicancias tiene respecto de la ejecución de garantía el decomiso del bien, ordenado en un proceso penal con anterioridad a la hipoteca, mediante sentencia que aún no está firme?

¿Qué implicancias tiene respecto de la ejecución de garantía el decomiso del bien, ordenado en un proceso penal, mediante sentencia firme?

PRESENTACIÓN

El tránsito hacia una justicia predictible no es una tarea sencilla, pues en la búsqueda de este objetivo generalmente nos encontramos con caminos sinuosos y ello lo comprobamos diariamente en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional, al encontrarnos frente a temas controversiales generadores de criterios disimiles entre los jueces de los distintos órganos jurisdiccionales, lo que demanda el diálogo y debate permanente a fin de establecer líneas de pensamiento jurisprudencial que permita al justiciable tener confianza en su sistema de justicia.

Uno de los espacios que nos permite dialogar y debatir alturadamente sobre estos temas, lo constituyen los Plenos Jurisdiccionales, pues a través de ellos se propicia el debate y la reflexión sobre diversas instituciones o normas jurídicas, respecto de las cuales no existe un criterio pacifico en relación a sus alcances, aplicación o interpretación, lo que trae consigo la adopción de criterios uniformes que se plasmarán en las futuras decisiones que emitan los órganos jurisdiccionales, lo que a su vez generará efectos positivos en el sistema de justicia, como la celeridad en el servicio, la reducción del ámbito de discrecionalidad del juez, el aumento de la credibilidad o confianza en el sistema, la atracción de la inversión privada y la resolución de los procesos con similar criterio.

Precisamente la Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Distrital en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en un esfuerzo conjunto con el Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y el Programa Presupuestal Celeridad en los procesos en Materia Civil Comercial 0119 a cargo del Poder Judicial, prosiguiendo con la tarea asumida por similares Comisiones en años anteriores, ha organizado el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Comercial del año 2017 que congrega a todos los jueces de la Especialidad e invitados de otras especialidades de esta Corte Superior, habiendo elaborado el presente material que servirá de lectura y consulta para enriquecer el diálogo y debate que nos permitirá adoptar la mejor alternativa para la solución de los temas controversiales, el mismo que ponemos a disposición de ustedes.

En el presente Pleno se abordará ciertas problemáticas inherentes a la especialidad comercial, por lo que a fin de concordar y consolidar la jurisprudencia en la materia que nos convoca, se debatirán los siguientes temas: 1: "Competencia para conocer demanda de Tercería Preferente de Pago respecto de bienes hipotecados contra embargos o remate de los mismos bienes en los procedimientos de Ejecución Coactiva" ; 2: "Competencia para conocer Recurso de Anulación y Ejecución de Laudo Arbitral en Materia Previsional"; y, 3: "Efectos de la incautación y decomiso de bienes en el proceso penal, frente a la Ejecución de Garantías de los mismos bienes en sede civil".

Como señalamos inicialmente, el objetivo principal del Pleno es concordar pautas de predictibilidad con el objetivo de unificación y mejora de la calidad de la jurisprudencia distrital de la justicia comercial; cuya compleja tarea resulta necesaria a fin de evitar la expedición de fallos contradictorios ante casos similares, contribuyendo significativamente a mejorar los estándares de calidad de las resoluciones judiciales.

Saludamos a todos los señores jueces participantes del presente Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial, con la certeza de que la labor será fructífera en aras de una justicia en materia comercial más predictible.

Comisión Distrital de Plenos Jurisdiccionales en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima

TEMA N° 1

PROCEDENCIA Y COMPETENCIA PARA CONOCER LA DEMANDA DE TERCERIA PREFERENTE DE PAGO INTERPUESTA POR ACREEDOR HIPOTECARIO CONTRA EMBARGO Y REMATE TRABADO SOBRE EL MISMO BIEN HIPOTECADO, EN PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

Una persona que tiene garantizado su crédito con garantía hipotecaria, se entera que un ejecutor coactivo de SUNAT o de otra entidad del Estado, dentro de un procedimiento de cobranza coactiva, ha trabado embargo en forma de inscripción sobre el mismo bien otorgado en hipoteca. El acreedor hipotecario –con el propósito de proteger o tutelar su crédito y evitar que el bien inmueble sea rematado en el procedimiento administrativo– interpone una demanda de tercería preferente de pago ante el juez que conoce de su demanda de ejecución de garantía o ante un juez civil, si todavía no interpuso demanda de ejecución de garantía.

Primera Ponencia:

El juez debe admitir y dar trámite a la demanda de tercería preferente de pago. Si bien el artículo 533° del C.P.C. señala que la tercería se interpone contra el demandante y demandado en el proceso principal en el que se está ejecutando el bien, es evidente que la SUNAT o la entidad del Estado que se trate, no tienen dicha condición, pero ese hecho no debe impedir el ejercicio del derecho de acción de dicho acreedor con el propósito que el órgano jurisdiccional tutele su derecho de crédito, y esa protección debe darse en el marco del proceso de tercería, interpretando extensivamente la norma procesal mencionada o –si se privilegia el aspecto formal– dentro de un proceso innominado, con las mismas características y fines de la tercería preferente de pago.

Los argumentos adicionales a favor de esta ponencia, son entre otros los siguientes:

a) El Procedimiento de Cobranza Coactiva normado en el Código Tributario no autoriza al ejecutor coactivo a dar trámite a tercerías o intervenciones preferentes de pago, tan solo prevé en su artículo 120°[1], la "intervención excluyente de propiedad".

[1] **Código Tributario**
Artículo 120.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD
El tercero que sea propietario de bienes embargados, podrá interponer Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del

Se debe tener presente que los funcionarios de la Administración Pública tienen sus competencias tasadas.

b) El carácter subsidiario de la competencia del juez civil ha sido dispuesta en el artículo 5°[2] del Código Procesal Civil, así si se estimara que la pretensión preferente de pago no debe tramitarse en el proceso de tercería preferente de pago disciplinada en el artículo 533° del C.P.C., igualmente debería interponerse una demanda innominada postulando dicha pretensión ante un juez civil (o subespecializado comercial).

c) La obligación que tiene los jueces de administrar justicia, aún en caso de deficiencia o defecto de la ley está establecida en el inciso 8 del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú y en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

d) La prelación de las acreencias garantizadas con derechos reales inscritos en el registro sobre las deudas tributarias (en rigor acreencias tributarias de SUNAT o de otro acreedor) está disciplinada en el Artículo 6°[3] del Código Tributario.

---

bien.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

a) Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

b) Admitida la Intervención Excluyente de Propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y remitirá el escrito presentado por el tercero para que el ejecutado emita su pronunciamiento en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

(…)

[2] **Código Procesal Civil**

Artículo 5.- Competencia civil.-

Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales.

[3] **Código Tributario**

Artículo 6.- PRELACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS

Las deudas por tributos gozan del privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, las aportaciones impagas al Seguro Social de Salud - ESSALUD, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley Nº 25897; alimentos y; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

La Administración Tributaria podrá solicitar a los Registros la inscripción de Resoluciones de Determinación, Órdenes de Pago o Resoluciones de Multa, la misma que deberá anotarse a simple solicitud de la Administración, obteniendo así la prioridad en el tiempo de inscripción que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en el presente artículo.

Los derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento.

<u>Segunda Ponencia</u>:

El juez debe declarar improcedente la demanda de tercería preferente de pago, porque la tercería, de acuerdo al artículo 533 del Código Procesal Civil, se debe entender contra quienes tienen la condición de demandante y demandado en el proceso judicial en el que se va a ejecutar el bien otorgado en garantía hipotecaria, y en este caso está dirigida contra la Entidad a la que pertenece el ejecutor coactivo que ha embargado el bien.

Más aún, la tercería preferente de pago no se plantea contra una acción judicial de cobro, esto es con el propósito de hacer valer la preferencia de pago frente a un acreedor que tenga cautelado su crédito con embargo judicial sobre bienes del deudor común, sino es el propio acreedor hipotecario que se presenta ante el mismo juez que conoce de su proceso de ejecución de garantía hipotecaria, para hacer valer su aducida preferencia frente a un acreedor tributario que tiene embargado el mismo bien del deudor común en un proceso de cobranza coactiva. Así el tercerista se presenta como tal ante el juez que conoce de la ejecución instaurada por el mismo, cuando en realidad no es un tercero ante dicha ejecución; y, por otro lado, se pretende la tercería contra un procedimiento coactivo y no contra un proceso judicial, no encajando en la *fattispecie* de la tercería preferente de pago.

N°	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
	LECTURA NACIONAL	
1.	PRIORI POSADA. Giovanni. *"La tutela del derecho de crédito preferente"*. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	**14**
2.	Informe N° 004-2007-SUNAT/2B0000.	**38**
	LEGISLACIÓN	
3.	Texto Único Ordenado Del Código Tributario DECRETO SUPREMO Nº 133-2013-EF, Publicado el 22/06/2013	**45**
4.	Ley de Procedimiento de Ejecución coactiva	**386**
	JURISRPUDENCIA	
5.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Primera Sala Comercial Permanente. Exp. N° 1559-2015. Miraflores, 16 de agosto del 2017.	**432**
6.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Segunda Sala Civil con sub especialidad Comercial. Exp. N° 1764-2012-0. Miraflores, 18 de Agosto del 2016.	**441**
7.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Primera Sala Civil con sub especialidad Comercial. Exp. 3813-2015-0-1817-JR-CO-02. Miraflores, 20 de setiembre del 2016.	**455**
8.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Segunda Sala Civil con sub especialidad Comercial. Exp. 11164-2014-0. Miraflores, 03 de Diciembre del 2015.	**459**
9.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. 15° Juzgado Civil-Comercial. Exp. 01559-2015-0-1817-JR-CO-15. Lima, 31 de Octubre del 2016.	**464**
10.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. 1° Juzgado Civil con sub especialdiad comercial. Exp. 02764-2012-0-1817-JR-CO-14. Miraflores, 19 de Mayo del 2015.	**469**
11.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. 2° Juzgado Civil con sub especialdiad comercial. Exp. 03813-2015-0-1817-JR-CO-02. Miraflores, 05 de Mayo del 2015.	**478**
12.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. 12° Juzgado Civil con sub especialdiad comercial. Exp. 11164-2014-0-1817-JR-CO-12. Miraflores, 16 de Diciembre del 2014.	**482**

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

LA TUTELA DEL DERECHO DE CRÉDITO PREFERENTE

PRIORI POSADA. Giovanni. *"La tutela del derecho de crédito preferente"*. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.

La tutela del derecho de crédito preferente

Giovanni F. Priori Posada
Profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP

Esquema de presentación

1. Presupuesto: responsabilidad patrimonial
2. *Par condicio creditorum* y preferencia en los créditos
3. El tratamiento de créditos preferentes en el Perú
4. ¿Qué lugar ocupan los créditos tributarios en la preferencia de los derechos en el Perú?
5. La tutela de la preferencia del crédito.
6. La competencia en la tutela de la preferencia del crédito

Responsabilidad patrimonial

- El deudor responde con todo su patrimonio por el cumplimiento de todas sus obligaciones.
- El deudor responde preferentemente con un bien, respecto de las obligaciones con garantía. Si el bien no alcanza, responde con el resto del patrimonio.

¿Qué pasa cuando son varios los acreedores
y el patrimonio no es suficiente?

Pars condicio creditorum

1) Deriva del principio de igualdad.

2) "Los acreedores tienen igual derecho de satisfacer su crédito sobre los bienes del deudor, salvo las causas legítimas de prelación" (Bianca).

3) No existen privilegios entre los acreedores, salvo que:
   - Se haya establecido en la Constitución.
   - Lo haya establecido la ley, con base a razones constitucionales que justifiquen la diferencia.
   - Exista una garantía real.

Preferencias de derechos

- "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador" (artículo 24 de la Constitución).
- Derecho a la pensión (STC 050-2004-AI)
- "El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable" (art. 487 CC).
- "La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado" (art. 1097 CC).

Preferencias de derechos

"**Primero:** Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley; deuda exigible al Seguro Social de Salud - ESSALUD que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley Nº 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

"**Segundo:** Los créditos alimentarios.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

"**Cuarto:** Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud -ESSALUD que no se encuentren contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos."

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del numeral 48.3 del Artículo 48, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos."

Preferencia de derechos

Artículo 5 CT.- CONCURRENCIA DE ACREEDORES.- Cuando varias entidades públicas sean acreedores tributarios de un mismo deudor y la suma no alcance a cubrir la totalidad de la deuda tributaria, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y las entidades de derecho público con personería jurídica propia concurrirán en forma proporcional a sus respectivas acreencias.

"Artículo 6 CT.- PRELACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS.- Las deudas por tributos gozan del privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, las aportaciones impagas al Seguro Social de Salud - ESSALUD, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley Nº 25897; alimentos y; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro."

Tutela de la preferencia de créditos

- 139,3 Const.: Es un principio y derecho de la función jurisdiccional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, esto es:
  - Todo derecho debe tener tutela jurisdiccional.
  - Todo derecho debe tener un juez ante el que acudir y un proceso para hacer valer sus derechos.
  - La tutea jurisdiccional de cualquier derecho debe ser igualmente efectiva.

La necesidad de protección de la preferencia

- La preferencia del crédito otorga al titular la posibilidad de obtener el cobro de modo prioritario al de los demás acreedores.

- De este modo, se requiere de una protección de orden preventivo: proteger el patrimonio respecto del cual goza de preferencia para hacer efectivo el crédito.
  - Patrimonio individualizado
  - Patrimonio general

- Esa necesidad surge fundamentalmente en los casos en los que otro acreedor intenta hacer cobro del patrimonio del deudor, poniendo en riesgo la satisfacción de los créditos preferentes.

La necesidad de la protección de la preferencia

- Esa necesidad surge fundamentalmente en los casos en los que otro acreedor intenta hacer cobro del patrimonio del deudor, poniendo en riesgo la satisfacción de los créditos preferentes.

Tutela frente a la concurrencia

- Por ello, la tutela consiste en:
  - Evitar la ejecución forzosa del patrimonio; o,
  - Permitiendo la ejecución forzosa, pero asegurando la garantía patrimonial del crédito preferente.

Régimen en el Perú: concurrencia judicial

Intervención de otro acreedor.- Artículo 726.- Un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien, puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Sus derechos dependen de la naturaleza y estado de su crédito.

Pago al ejecutante.- Artículo 747.- Si el bien que asegura la ejecución es dinero, será entregado al ejecutante luego de aprobada la liquidación.

Si son varios los ejecutantes con derechos distintos, el producto del remate se distribuirá en atención a su respectivo derecho. Este será establecido por el Juez en un auto que podrá ser observado dentro de tercer día. Si luego de la distribución hay un remanente, le será entregado al ejecutado.

Concurrencia de acreedores.- Artículo 748.- Si concurren varios acreedores sin que ninguno tenga derecho preferente y los bienes del deudor no alcanzan a cubrir todas las obligaciones, el pago se hará a prorrata.

Igualmente se realizará el pago a prorrata, una vez pagado el acreedor con derecho preferente.

Intervención

Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente.- Artículo 100.- Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.

También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.

Las intervenciones descritas en este Artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el SubCapítulo 5, Capítulo II, Título II, SECCION QUINTA de este Código.

Proceso de tercería

"**Artículo 533.- Fundamento.-** La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; **o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.**

Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación."

Proceso de tercería

"Oportunidad.- Artículo 534.- La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor.

El Juez competente es el Juez del proceso en el que se interviene."

Proceso de tercería

- **Efectos de la tercería de derecho preferente.- Artículo 537.-** Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

- El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.

¿Qué juez es el competente?

- 534, segundo párrafo: "El Juez competente es el Juez del proceso en el que se interviene".
  - Pero;
    - ¿y si se estamos frente a una ejecución extrajudicial de prenda? Art. 47,4 ley de garantía mobiliaria: juez civil.
    - ¿y si estamos frente a un arbitraje? ¿puede intervenir el tercero?
    - ¿y si estamos frente a un procedimiento administrativo? Art. 20 TUO ley de ejecución coactiva y 120 del código tributario: ejecutor coactivo y proceso contencioso administrativo: tercería de propiedad.

¿Qué juez es el competente para la tercería preferente de pago?

¿Es solo el juez civil?

Competencia civil.- Artículo 5.- Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales.

1) Visión dogmática de la competencia

2) Visión de la competencia desde los derechos fundamentales

La visión dogmática

1) El proceso es una relación jurídica de derecho público.

2) Esta relación jurídica tiene presupuestos de validez denominados presupuestos procesales.

3) Uno de esos presupuestos es la competencia.

4) Si no hay un presupuesto (competencia) la relación procesal es inválida.

5) Al advertir la inexistencia de un presupuesto procesal, el Juez debe declarar la nulidad de todo lo actuado sin pronunciarse sobre el fondo.

¿Y los derechos fundamentales en juego?

- Dogmático: No importan.
- Ciudadano: Es más importante verificar que se cumplan los presupuestos procesales
- Ciudadano: ¿Por qué?
- -Dogmático: Porque el proceso es una relación jurídica de derecho público y su validez debe respetarse

Efectividad de la tutela jurisdiccional

La competencia desde los derechos fundamentales

- La competencia es expresión del derecho fundamental al juez natural, uno de los derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva.
- La tutela jurisdiccional efectiva está integrada de otros derechos fundamentales.
- No hay derechos fundamentales más importantes que otros: todos deben ser realizados en el mismo grado.
- ¿Cómo resolver casos dando el mismo valor a los derechos fundamentales?

Reglas donde se pondera la competencia

- Las reglas de competencia ceden ante el derecho a resolver el fondo del asunto:
  - La competencia por razón de la conexión
  - La acumulación de pretensiones
  - La prejudicialidad
  - Competencia subsidiaria o competencia general

- Las reglas de competencia ceden ante el derecho de acceso a la justicia:
  - No improcedencia de la demanda

- Las competencias ceden ante la efectividad
  - Mantenimiento de medidas cautelares dictadas por jueces cuya competencia se cuestiona

¿Qué juez debería ser el competente?

Aquel que en virtud de las circunstancias especiales del caso resulte aquel que esté en condiciones de dar efectiva tutela jurisdiccional.

Si la situación planteada hace que los jueces comerciales lo sean, deberán serlo.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Informe N° 004-2007-SUNAT/2B0000.

SUMILLA:

1. Ni el Ejecutor Coactivo ni ningún órgano de la Administración Tributaria tienen competencia para pronunciarse sobre la Intervención de Derecho Preferente y, por ende, sobre el mejor derecho aducido por un tercero en la comunicación en la que invoque la existencia de un mejor derecho de naturaleza hipotecaria sobre el bien embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, derecho que debe invocarse en la vía judicial.

   Sin perjuicio de ello, y atendiendo a lo establecido en el artículo 106° de la L.P.A.G. deberá emitirse respuesta escrita en relación con la mencionada comunicación, poniendo en conocimiento del tercero lo señalado en el párrafo precedente.

2. Efectuado el remate y adjudicado el bien embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, sin la existencia de un mandato judicial que reconozca el derecho preferente de pago de un tercero en relación con la acreencia tributaria, procede que el Ejecutor Coactivo disponga que con el producto del remate se impute el pago de ésta última.

INFORME N° 004-2007-SUNAT/2B0000

MATERIA:

Se formulan las siguientes consultas referidas a recursos sobre tercerías preferentes de pago o de derecho preferente, presentados en el procedimiento de cobranza coactiva:

1. Habiendo el Ejecutor Coactivo ordenado el remate de bienes de un deudor tributario, ¿qué tratamiento corresponde dar a aquella comunicación presentada por un tercero acreedor no ejecutante de este contribuyente, si se comprueba que este tercero mantiene un mejor derecho hipotecario sobre el bien materia de remate, derecho real inscrito en la SUNARP antes que el embargo de la SUNAT?.

2. Respecto de la pregunta anterior, efectuado el remate y adjudicado el bien a un tercero, ¿procede que el Ejecutor Coactivo disponga que con el producto del remate se impute el pago de la deuda tributaria, sin considerar el privilegio de dicho tercero acreedor, en tanto no exista la orden judicial que disponga se le considere tal derecho?.

BASE LEGAL:

- Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF, publicado el 19.8.1999 y modificatorias (en adelante, TUO del Código Tributario).

- Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT, publicado el 25.9.2004 y modificatoria.

- Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-1993-JUS, publicado el 23.4.1993 y modificatorias (en adelante, TUO del CPC).

- Ley N° 27444, publicada el 11.4.2001 y modificatorias, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante L.P.A.G.).

ANÁLISIS:

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 114° del TUO del Código Tributario, la cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la Administración Tributaria y se ejerce a través del Ejecutor Coactivo, quien actuará en el Procedimiento de Cobranza Coactiva con la colaboración de los Auxiliares Coactivos. Agrega la norma que, el Procedimiento de Cobranza Coactiva de la SUNAT se regirá por las normas contenidas en el Título II del Libro Tercero del citado TUO, facultándose a la SUNAT a aprobar la norma que reglamente dicho procedimiento

respecto de los tributos que administra o recauda.

Por su parte, el artículo 116° del mismo TUO dispone que la Administración Tributaria, a través del Ejecutor Coactivo, ejerce las acciones de coerción para el cobro de las deudas exigibles a que se refiere al artículo 115°, para lo cual tendrá, entre otras, las siguientes facultades:

- Ordenar, variar o sustituir a su discreción, las medidas cautelares a que se refiere el artículo 118° del citado TUO(1), como es el caso del embargo en forma de inscripción, previsto en el numeral 3 de este último artículo.

- Suspender o concluir el Procedimiento de Cobranza Coactiva conforme a lo dispuesto en el artículo 119°(2), según el cual ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender o concluir el Procedimiento de Cobranza Coactiva en trámite con excepción del Ejecutor Coactivo quien deberá actuar conforme a lo dispuesto en dicho artículo(3).

- Admitir y resolver la Intervención Excluyente de Propiedad(4).

- Ordenar, en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, el remate de los bienes embargados(5).

Como se puede apreciar de las normas antes citadas, la Administración Tributaria está facultada para iniciar la cobranza coactiva de las deudas tributarias, facultad que es ejercida a través del Ejecutor Coactivo, quien, a su vez, cuenta para tal efecto con diversas facultades, siendo aquél el único funcionario de la Administración Tributaria que puede disponer la suspensión o conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva, siempre que se presente alguno de los supuestos establecidos en el artículo 119° del TUO del Código Tributario.

2. Ahora bien, como ya se indicó precedentemente, es facultad del Ejecutor Coactivo, entre otras, admitir y resolver la Intervención Excluyente de Propiedad, la cual, según lo dispuesto en el artículo 120° del TUO del Código Tributario, puede ser interpuesta por el tercero que sea propietario de bienes embargados, ante el Ejecutor Coactivo, en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien y, debe tramitarse de acuerdo a las reglas contenidas en dicho artículo.

Cabe señalar, además, que tratándose de Procedimientos de Cobranza Coactiva de tributos que administra o recauda la SUNAT, la interposición y trámite de la Intervención Excluyente de Propiedad se encuentran regulados en el Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva aprobado por la Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT, el cual en el último párrafo del numeral 3 de su artículo 23° distingue dicha modalidad de intervención de la Intervención de Derecho Preferente o Tercería Preferente de Pago, disponiendo que el Ejecutor Coactivo no es competente para resolver éstas últimas.

En cuanto a la distinción antes referida, esto es, entre la Intervención Excluyente de Propiedad o Tercería de Propiedad y la Intervención de Derecho Preferente o Tercería Preferente de Pago, cabe citar al Dr. Jorge Díaz Díaz, quien en su artículo "Las Tercerías: Prioridad de Derecho e Inseguridad Jurídica"(6) afirma lo siguiente:

"En el primer supuesto -tercería de propiedad(7)-, *el tercero alegará la preferencia del derecho de propiedad sobre un bien embargado respecto del titular que consta en el proceso y que a la vez es obligado, es decir, no tendrá por finalidad que se determine el mejor derecho de propiedad frente al deudor titular, sino que en virtud a un título de propiedad de fecha cierta o registrado se le reconozca la calidad de propietario y se desafecte el bien (...)".* De otro lado, tratándose de la tercería preferente de pago, afirma que *"el efecto no es recuperar o desafectar un derecho sino hacerse pago con el fruto de la ejecución de un bien, es decir, se busca el remate del bien para que se le cancele en forma preferente al tercerista. La preferencia puede estar basada en un derecho inscrito con antelación, sin importar su naturaleza, bien podría ser una hipoteca o un embargo como también puede darse la figura de la oponibilidad de un derecho laboral(...)".*

Así pues, conforme fluye de lo antes expuesto, en el Procedimiento de Cobranza Coactiva

realizado por la SUNAT, el Ejecutor Coactivo sólo tiene competencia para pronunciarse respecto de la invocación efectuada por un tercero respecto del derecho de propiedad que detenta sobre los bienes embargados al ejecutado (Intervención Excluyente de Propiedad), mas no sobre el derecho preferente de pago que puede tener aquél (Intervención de Derecho Preferente), en relación con el acreedor tributario, preferencia que se encuentra regulada en el artículo 6° del TUO del Código Tributario.

3. En lo que atañe a la aludida preferencia o prelación, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 6° del TUO del Código Tributario, las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el artículo 30° del Decreto Ley N° 25897; alimentos; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

   Dicho artículo agrega que la preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en el referido artículo. Los derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento.

   Al respecto, cabe destacar que si bien según lo dispuesto en la citada norma, la invocación y declaración sobre la prelación de derechos distintos a los créditos tributarios puede efectuarse en cualquier momento, ello debe hacerse en la vía respectiva, no siendo tal una que se efectúe ante el Ejecutor Coactivo o, en general, ante la Administración Tributaria.

   En efecto, tal como se ha indicado precedentemente, el Ejecutor Coactivo no tiene competencia para pronunciarse sobre la Intervención de Derecho Preferente, no habiéndose además previsto como causal de suspensión o conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva la sola invocación por parte de un tercero, de la preferencia o prelación que -aduce- le asiste en el pago de su crédito respecto del crédito de carácter tributario.

   Es más, no sólo el Ejecutor Coactivo carece de competencia para pronunciarse sobre dicho extremo, sino que no se ha otorgado atribución alguna al respecto a ningún otro órgano de la Administración Tributaria. Por el contrario, conforme fluye de lo señalado en los artículos 114°, 116° y 119° del TUO del Código Tributario, la facultad de la Administración Tributaria para realizar la cobranza coactiva de las deudas tributarias, es ejercida sólo a través del Ejecutor Coactivo(8), no pudiendo otro funcionario de la Administración Tributaria disponer la suspensión o conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

4. En virtud de lo antes expuesto, esto es, no habiéndose previsto en la normatividad tributaria un trámite especial para la Intervención de Derecho Preferente, corresponde tener en cuenta lo establecido en el TUO del CPC(9).

   Así, de acuerdo con el numeral 5) del artículo 486° del mencionado TUO, la tercería se tramita en proceso abreviado. Tratándose de la tercería de derecho preferente, el artículo 534° del mismo legal establece que dicha tercería puede interponerse antes que se realice el pago al acreedor.

   Por su parte, el artículo 537° del TUO del CPC señala que admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del Juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multa. El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.

   Fluye de las normas glosadas que la vía ante la cual el tercero acreedor del contribuyente embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, iniciado por la SUNAT, debe aducir la prelación de su derecho frente a la acreencia tributaria es el proceso abreviado ante el Poder Judicial; instancia ante la cual el acreedor no ejecutante podrá accionar a fin que se reconozca su derecho, se establezca el monto de su acreencia y el grado de prelación frente a los demás acreedores(10).

   En ese sentido se ha pronunciado, además, el Tribunal Fiscal en la Resolución N° 03429-2-2005, en la cual ante la pretensión del tercero de que se reconozca su derecho preferente de pago

dentro del Procedimiento de Cobranza Coactiva iniciado por la SUNAT, dicha instancia administrativa señaló que *"la quejosa tiene expedita la vía judicial para hacer efectivo su derecho preferente conforme con lo dispuesto por el Código Procesal Civil, en cuyo artículo 486° se prescribe que las tercerías se tramitan en proceso abreviado"*(11).

5. Ahora bien, a partir de lo expuesto y atendiendo a la primera consulta, debe señalarse que si bien el Ejecutor Coactivo ni ningún órgano de la Administración Tributaria tienen competencia para pronunciarse sobre la Intervención de Derecho Preferente y, por ende, sobre el mejor derecho aducido por el tercero en la comunicación a que se hace referencia en dicha consulta(12), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 106° de la L.P.A.G.

   Así, el aludido artículo establece en su numeral 106.2 que el derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

   Por su parte, el numeral 106.3 del mismo artículo señala que el derecho en mención implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal.

   Al respecto, cabe citar al tratadista nacional Juan Carlos Morón Urbina(13), en relación al Artículo 106° de la L.P.A.G., quien manifiesta que *"(...) El contenido esencial de un derecho está conformado por la libertad que le es reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente, y, la obligación de la misma de responderle conforme a ley. A estos efectos, la obligación de la autoridad, constitucionalmente, comprende los siguientes deberes secuenciales: a) Admitir el escrito en el cual se exprese la petición, incluyendo, en su caso, la permisión de la subsanación del plazo y la forma debidas; b) Exteriorizar el hecho de la recepción de la petición (mediante el cargo); c) Dar el curso correspondiente a la petición, absteniéndose de cualquier forma de traba, suspensión o indefinición sobre lo pedido; d) Resolver la petición en la forma debida; y, e) comunicar al peticionante lo resuelto.".*

   Asimismo, es de precisar que el numeral 6 del artículo 75° de la L.P.A.G., establece como uno de los deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas, salvo en aquellos procedimientos de aprobación automática.

   Sobre el particular, Morón Urbina(14) menciona *"(...) Los agentes necesariamente deben emitir pronunciamiento sobre el asunto sometido a su conocimiento, sin poder dejar de decidirlo por ningún motivo (...) ni eludirlo (...). El fundamento de este deber lo encontramos en la necesidad absoluta de respetar el derecho ciudadano a la petición (...) el derecho de petición involucra no sólo la posibilidad de acudir ante la Administración, sino también supone obtener un resultado de aquélla (...)".* Agrega que *"(...) el cumplimiento de esta obligación no significa resolver favorablemente lo planteado por el particular, ya que los agentes siempre deben atenerse al orden jurídico vigente (...)".*

   En ese orden de ideas, y sin perjuicio de lo indicado precedentemente respecto de la falta de competencia de la Administración Tributaria para pronunciarse sobre el extremo aducido por el tercero en la comunicación a que se hace referencia en la consulta, corresponderá que se emita respuesta escrita sobre la misma poniendo en conocimiento de ello a dicho tercero.

6. Adicionalmente, es preciso aclarar que la comunicación que presente el tercero acreedor no ejecutante no podría considerarse como un recurso administrativo regulado por la L.P.A.G., toda vez que dicha comunicación no impugna el acto por el cual el Ejecutor Coactivo ordena el remate del bien sino que lo que pretende es el reconocimiento de un derecho cuya competencia no corresponde a la Administración Tributaria.

7. Finalmente, en lo que corresponde a la segunda consulta, cabe indicar que efectuado el remate y adjudicado el bien embargado(15), sin que exista un mandato judicial que reconozca el derecho preferente de pago del tercero, procederá que el Ejecutor Coactivo disponga que el producto del remate se impute al pago de la acreencia tributaria.

CONCLUSIONES:

1. Ni el Ejecutor Coactivo ni ningún órgano de la Administración Tributaria tienen competencia para pronunciarse sobre la Intervención de Derecho Preferente y, por ende, sobre el mejor derecho aducido por un tercero en la comunicación en la que invoque la existencia de un mejor derecho de naturaleza hipotecaria sobre el bien embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, derecho que debe invocarse en la vía judicial.

   Sin perjuicio de ello, y atendiendo a lo establecido en el artículo 106° de la L.P.A.G. deberá emitirse respuesta escrita en relación con la mencionada comunicación, poniendo en conocimiento del tercero lo señalado en el párrafo precedente.

2. Efectuado el remate y adjudicado el bien embargado en el Procedimiento de Cobranza Coactiva realizado por la SUNAT, sin la existencia de un mandato judicial que reconozca el derecho preferente de pago de un tercero en relación con la acreencia tributaria, procede que el Ejecutor Coactivo disponga que con el producto del remate se impute el pago de ésta última.

Lima, 09 de enero de 2007.

Original firmado por:
CLARA URTEAGA GOLDSTEIN
INTENDENTE NACIONAL JURIDICO

---

(1) Numeral 2 del artículo 116°.

(2) Numeral 5 del artículo 116°.

(3) Esta norma establece que:

a. El Ejecutor Coactivo suspenderá temporalmente el Procedimiento de Cobranza Coactiva, en los siguientes supuestos:

   1. Cuando en un proceso de acción de amparo, exista una medida cautelar firme que ordene al Ejecutor Coactivo la suspensión de la cobranza.
   2. Cuando una Ley o norma con rango de ley lo disponga expresamente.
   3. Excepcionalmente, tratándose de Órdenes de Pago, y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente y siempre que la reclamación se hubiera interpuesto dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la Orden de Pago. En este caso, la Administración deberá admitir y resolver la reclamación dentro del plazo de noventa (90) días hábiles, bajo responsabilidad del órgano competente. La suspensión deberá mantenerse hasta que la deuda sea exigible de conformidad con lo establecido en el artículo 115º. Para la admisión a trámite de la reclamación se requiere, además de los requisitos establecidos en este Código, que el reclamante acredite que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que se realice el pago.

   En los casos en que se hubiera trabado una medida cautelar y se disponga la suspensión temporal procederá sustituir la medida ofreciendo garantía suficiente a criterio de la Administración Tributaria.

b. El Ejecutor Coactivo deberá dar por concluido el procedimiento, levantar los embargos y ordenar el archivo de los actuados, cuando:

   1. Se hubiera presentado oportunamente reclamación o apelación contra la Resolución de Determinación o Resolución de Multa que contenga la deuda tributaria puesta en cobranza.
   2. La deuda haya quedado extinguida por cualquiera de los medios señalados en el artículo 27º.
   3. Se declare la prescripción de la deuda puesta en cobranza.
   4. La acción se siga contra persona distinta a la obligada al pago.
   5. Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago.
   6. Las Órdenes de Pago o resoluciones que son materia de cobranza hayan sido declaradas nulas, revocadas o sustituidas después de la notificación de la Resolución de Ejecución Coactiva.
   7. Cuando la persona obligada haya sido declarada en quiebra.
   8. Cuando una ley o norma con rango de ley lo disponga expresamente.

c. Tratándose de deudores tributarios sujetos a un Procedimiento Concursal, el Ejecutor Coactivo suspenderá o concluirá el Procedimiento de Cobranza Coactiva, de acuerdo a lo dispuesto en las normas de la materia.

(4) Numeral 11 del artículo 116°.

(5) Numeral 12 del artículo 116°.

(6) En: Revista Jurídica N° 36, artículo que se encuentra disponible en la dirección electrónica http://compuleg/Compuleg/servlet/Com_Alegislación.

(7) Denominada "Intervención Excluyente de Propiedad" en el TUO del Código Tributario.

(8) Con la colaboración de los Auxiliares Coactivos.

(9) De conformidad con lo establecido en la Norma IX del Título Preliminar del TUO del Código Tributario, en lo no previsto por dicho Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.

(10) A mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que la sola existencia de un derecho real de hipoteca, inscrito en Registro Público con anterioridad al embargo efectuado por la SUNAT, no acredita la existencia de un derecho preferente de pago, por cuanto ello dependerá de la existencia y monto de la acreencia no tributaria garantizada con dicho derecho real.

(11) Similar pronunciamiento se aprecia en las Resoluciones del Tribunal Fiscal Nos. 2069-4-96, 351-3-2000, 453-4-2000, 04455-1-2003 y 01948-5-2005.

(12) La que además, tal como se ha señalado, no implica por sí sola la suspensión o conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

(13) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Lima, mayo 2004. Página 348.

(14) Ob Cit. Nota anterior. Página 304.

(15) Atendiendo a que -como se ha señalado- la comunicación a que se hace referencia en la primera consulta no implica por sí sola la suspensión o conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

zvs/rap
A0322-D6
CÓDIGO TRIBUTARIO – Procedimiento de Cobranza Coactiva: Tercería de Derecho Preferente.

DESCRIPTOR:
I. CÓDIGO TRIBUTARIO
3. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS
3.2. Cobranza Coactiva
3.2.5. Tercería

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Texto Único Ordenado Del Código Tributario

DECRETO SUPREMO Nº 133-2013-EF, Publicado el 22/06/2013

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CODIGO TRIBUTARIO

DECRETO SUPREMO Nº 133-2013-EF

Publicado: 22-06-2013

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, mediante el Decreto Legislativo Nº 816 se aprobó el Nuevo Código Tributario, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de abril de 1996;

Que, a través del Decreto Supremo Nº 135-99-EF, se aprobó el Texto Único Ordenado del Código Tributario, publicado el 19 de agosto de 1999;

Que, posteriormente se han aprobado diversas normas modificatorias del Código Tributario, incluyendo las establecidas mediante los Decretos Legislativos Nos. 1113, 1117, 1121 y 1123, entre otras, por lo que resulta necesario aprobar un nuevo Texto Único Ordenado, el cual contemple los cambios introducidos en su texto a la fecha;

Que, asimismo, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1121, faculta al Ministerio de Economía y Finanzas a dictar, dentro de los ciento ochenta (180) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de dicho Decreto Legislativo, el Texto Único Ordenado del Código Tributario;

De conformidad con lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1121 y la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

DECRETA:

Artículo 1.- Texto Único Ordenado del Código Tributario

Apruébese el nuevo Texto Único Ordenado del Código Tributario que consta de un Título Preliminar con dieciséis (16) Normas, cuatro (4) Libros, doscientos cinco (205) Artículos, setenta y tres (73) Disposiciones Finales, veintisiete (27) Disposiciones Transitorias y tres (3) Tablas de Infracciones y Sanciones.

Artículo 2.- Derogación

Deróguese el Decreto Supremo Nº 135-99-EF.

Artículo 3.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de junio del año dos mil trece.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

LUIS MIGUEL CASTILLA RUBIO

Ministro de Economía y Finanzas

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

TÍTULO PRELIMINAR

NORMA I: CONTENIDO

El presente Código establece los principios generales, instituciones, procedimientos y normas del ordenamiento jurídico-tributario.

NORMA II: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.

b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Las Tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.

2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación.

(1) Las aportaciones al Seguro Social de Salud - ESSALUD y a la Oficina de Normalización Previsional - ONP se rigen por las normas de este Código, salvo en aquellos aspectos que por su naturaleza requieran normas especiales, los mismos que serán señalados por Decreto Supremo.

(1) Párrafo sustituido por el Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

"El presente Código también es de aplicación para las actuaciones y procedimientos que deba llevar a cabo la SUNAT o que deban cumplir los administrados, conforme a la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, la cual incluye sus recomendaciones y estándares internacionales.

Para dicho efecto se entiende por asistencia administrativa mutua en materia tributaria a aquella establecida en los convenios internacionales."(*)

(*) Cuarto y Quinto párrafos incorporados por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

NORMA III: FUENTES DEL DERECHO TRIBUTARIO

Son fuentes del Derecho Tributario:

a) Las disposiciones constitucionales;

b) Los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República;

c) Las leyes tributarias y las normas de rango equivalente;

d) Las leyes orgánicas o especiales que norman la creación de tributos regionales o municipales;

e) Los decretos supremos y las normas reglamentarias;

f) La jurisprudencia;

g) Las resoluciones de carácter general emitidas por la Administración Tributaria; y,

h) La doctrina jurídica.

Son normas de rango equivalente a la ley, aquéllas por las que conforme a la Constitución se puede crear, modificar, suspender o suprimir tributos y conceder beneficios tributarios. Toda referencia a la ley se entenderá referida también a las normas de rango equivalente.

NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10;

b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios;

c) Normar los procedimientos jurisdiccionales, así como los administrativos en cuanto a derechos o garantías del deudor tributario;

d) Definir las infracciones y establecer sanciones;

e) Establecer privilegios, preferencias y garantías para la deuda tributaria; y,

f) Normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a las establecidas en este Código.

Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se regula las tarifas arancelarias.

(2) Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de las tasas.

(2) Párrafo sustituido por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(3) En los casos en que la Administración Tributaria se encuentra facultada para actuar discrecionalmente optará por la decisión administrativa que considere más conveniente para el interés público, dentro del marco que establece la ley.

(3) Párrafo incorporado por el Artículo 2 de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.

NORMA V: LEY DE PRESUPUESTO Y CRÉDITOS SUPLEMENTARIOS

La Ley Anual de Presupuesto del Sector Público y las leyes que aprueban créditos suplementarios no podrán contener normas sobre materia tributaria.

NORMA VI: MODIFICACIÓN Y DEROGACION DE NORMAS TRIBUTARIAS

Las normas tributarias sólo se derogan o modifican por declaración expresa de otra norma del mismo rango o jerarquía superior.

Toda norma tributaria que derogue o modifique otra norma, deberá mantener el ordenamiento jurídico, indicando expresamente la norma que deroga o modifica.

(4) NORMA VII: REGLAS GENERALES PARA LA DACIÓN DE EXONERACIONES, INCENTIVOS O BENEFICIOS TRIBUTARIOS

La dación de normas legales que contengan exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios, se sujetarán a las siguientes reglas:

a) Deberá encontrarse sustentada en una Exposición de Motivos que contenga el objetivo y alcances de la propuesta, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis cuantitativo del costo fiscal estimado de la medida, especificando el ingreso alternativo respecto de los ingresos que se dejarán de percibir a fin de no generar déficit

presupuestario, y el beneficio económico sustentado por medio de estudios y documentación que demuestren que la medida adoptada resulta la más idónea para el logro de los objetivos propuestos. Estos requisitos son de carácter concurrente.

El cumplimiento de lo señalado en este inciso constituye condición esencial para la evaluación de la propuesta legislativa.

b) Deberá ser acorde con los objetivos o propósitos específicos de la política fiscal planteada por el Gobierno Nacional, consideradas en el Marco Macroeconómico Multianual u otras disposiciones vinculadas a la gestión de las finanzas públicas.

c) El articulado de la propuesta legislativa deberá señalar de manera clara y detallada el objetivo de la medida, los sujetos beneficiarios, así como el plazo de vigencia de la exoneración, incentivo o beneficio tributario, el cual no podrá exceder de tres (03) años.

Toda exoneración, incentivo o beneficio tributario concedido sin señalar plazo de vigencia, se entenderá otorgado por un plazo máximo de tres (3) años.

d) Para la aprobación de la propuesta legislativa se requiere informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas.

e) Toda norma que otorgue exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios será de aplicación a partir del 1 de enero del año siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la misma norma.

f) Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país, de conformidad con el artículo 79 de la Constitución Política del Perú.

g) Se podrá aprobar, por única vez, la prórroga de la exoneración, incentivo o beneficio tributario por un período de hasta tres (3) años, contado a partir del término de la vigencia de la exoneración, incentivo o beneficio tributario a prorrogar.

Para la aprobación de la prórroga se requiere necesariamente de la evaluación por parte del sector respectivo del impacto de la exoneración, incentivo o beneficio tributario, a través de factores o aspectos sociales, económicos, administrativos, su influencia respecto a las zonas, actividades o sujetos beneficiados, incremento de las inversiones y generación de empleo directo, así como el correspondiente costo fiscal, que sustente la necesidad de su permanencia. Esta evaluación deberá ser efectuada por lo menos un (1) año antes del término de la vigencia de la exoneración, incentivo o beneficio tributario.

La Ley o norma con rango de Ley que aprueba la prórroga deberá expedirse antes del término de la vigencia de la exoneración, incentivo o beneficio tributario. No hay prórroga tácita.

h) La ley podrá establecer plazos distintos de vigencia respecto a los Apéndices I y II de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo y el artículo 19 de la Ley del Impuesto a la Renta, pudiendo ser prorrogado por más de una vez.

(4) Norma incorporada por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012.

(5) NORMA VIII: INTERPRETACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.

(5) Norma modificada por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

NORMA IX: APLICACIÓN SUPLETORIA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

En lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho.

NORMA X: VIGENCIA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS

Las leyes tributarias rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

(6) Tratándose de elementos contemplados en el inciso a) de la Norma IV de este Título, las leyes referidas a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario, a excepción de la supresión de tributos y de la designación de los agentes de retención o percepción, las cuales rigen desde la vigencia de la Ley, Decreto Supremo o la Resolución de Superintendencia, de ser el caso.

(6) Párrafo modificado por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 26777, publicada el 3 de mayo de 1997.

Los reglamentos rigen desde la entrada en vigencia de la ley reglamentada. Cuando se promulguen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, rigen desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria del propio reglamento.

Las resoluciones que contengan directivas o instrucciones de carácter tributario que sean de aplicación general, deberán ser publicadas en el Diario Oficial.

NORMA XI: PERSONAS SOMETIDAS AL CÓDIGO TRIBUTARIO Y DEMÁS NORMAS TRIBUTARIAS

Las personas naturales o jurídicas, sociedades conyugales, sucesiones indivisas u otros entes colectivos, nacionales o extranjeros, domiciliados en el Perú, están sometidos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en este Código y en las leyes y reglamentos tributarios.

También están sometidos a dichas normas, las personas naturales o jurídicas, sociedades conyugales, sucesiones indivisas u otros entes colectivos, nacionales o extranjeros no domiciliados en el Perú, sobre patrimonios, rentas, actos o contratos que están sujetos a tributación en el país. Para este efecto, deberán constituir domicilio en el país o nombrar representante con domicilio en él.

"Igualmente, se aplican las disposiciones de este Código y demás normas tributarias a los sujetos, comprendidos o no en los párrafos anteriores, cuando la SUNAT deba prestar asistencia administrativa mutua en materia tributaria a la autoridad competente. Para tal efecto, cuando en el presente Código se haga referencia a la "autoridad competente", se entenderá a aquella del otro Estado con el que el Perú tiene un convenio internacional que incluya asistencia administrativa mutua en materia tributaria."(*)

(*) Tercer párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

NORMA XII: COMPUTO DE PLAZOS

Para efecto de los plazos establecidos en las normas tributarias deberá considerarse lo siguiente:

a) Los expresados en meses o años se cumplen en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente al día de inicio del plazo. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.

b) Los plazos expresados en días se entenderán referidos a días hábiles.

En todos los casos, los términos o plazos que vencieran en día inhábil para la Administración, se entenderán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente.

En aquellos casos en que el día de vencimiento sea medio día laborable se considerará inhábil.

NORMA XIII: EXONERACIONES A DIPLOMÁTICOS Y OTROS

Las exoneraciones tributarias en favor de funcionarios diplomáticos y consulares extranjeros, y de funcionarios de organismos internacionales, en ningún caso incluyen tributos que gravan las actividades económicas particulares que pudieran realizar.

NORMA XIV: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

El Poder Ejecutivo al proponer, promulgar y reglamentar las leyes tributarias lo hará exclusivamente por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas.

NORMA XV: UNIDAD IMPOSITIVA TRIBUTARIA

La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un valor de referencia que puede ser utilizado en las normas tributarias para determinar las bases imponibles, deducciones, límites de afectación y demás aspectos de los tributos que considere conveniente el legislador.

También podrá ser utilizada para aplicar sanciones, determinar obligaciones contables, inscribirse en el registro de contribuyentes y otras obligaciones formales.

El valor de la UIT será determinado mediante Decreto Supremo, considerando los supuestos macroeconómicos.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 304-2013-EF (Valor de la Unidad Impositiva Tributaria durante el año 2014)

D.S.N° 374-2014-EF (Valor de la Unidad Impositiva Tributaria durante el año 2015)

D.S.N° 397-2015-EF (Aprueban Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año 2016)

(7) NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.(*)

(7) Norma incorporada por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

(*) De conformidad con el Artículo 8 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, se suspende la facultad de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT para aplicar la presente Norma, con excepción de lo dispuesto en su primer y último párrafos, a los actos, hechos y situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1121. Asimismo, para los actos, hechos y situaciones producidas desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1121, suspéndese(*)NOTA SPIJ la aplicación de la presente Norma, con excepción de lo dispuesto en su primer y último párrafos, hasta que el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, establezca los parámetros de fondo y forma que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la presente.

LIBRO PRIMERO

LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La obligación tributaria, que es de derecho público, es el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, establecido por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente.

Artículo 2.- NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación.

Artículo 3.- EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La obligación tributaria es exigible:

1. Cuando deba ser determinada por el deudor tributario, desde el día siguiente al vencimiento del plazo fijado por Ley o reglamento y, a falta de este plazo, a partir del décimo sexto día del mes siguiente al nacimiento de la obligación.

(8) Tratándose de tributos administrados por la SUNAT, desde el día siguiente al vencimiento del plazo fijado en el Artículo 29 de este Código o en la oportunidad prevista en las normas especiales en el supuesto contemplado en el inciso e) de dicho artículo.

(8) Párrafo sustituido por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

2. Cuando deba ser determinada por la Administración Tributaria, desde el día siguiente al vencimiento del plazo para el pago que figure en la resolución que contenga la determinación de la deuda tributaria. A falta de este plazo, a partir del décimo sexto día siguiente al de su notificación.

Artículo 4.- ACREEDOR TRIBUTARIO

Acreedor tributario es aquél en favor del cual debe realizarse la prestación tributaria.

El Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, son acreedores de la obligación tributaria, así como las entidades de derecho público con personería jurídica propia, cuando la ley les asigne esa calidad expresamente.

Artículo 5.- CONCURRENCIA DE ACREEDORES

Cuando varias entidades públicas sean acreedores tributarios de un mismo deudor y la suma no alcance a cubrir la totalidad de la deuda tributaria, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y las entidades de derecho público con personería jurídica propia concurrirán en forma proporcional a sus respectivas acreencias.

Artículo 6.- PRELACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS (9)

Las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley Nº 25897; alimentos; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

(9) Párrafo sustituido por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

La Administración Tributaria podrá solicitar a los Registros la inscripción de Resoluciones de Determinación, Ordenes de Pago o Resoluciones de Multa, la misma que deberá anotarse a

simple solicitud de la Administración, obteniendo así la prioridad en el tiempo de inscripción que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en el presente artículo.

Los derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento. (*)

(*) Párrafo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1170, publicado el 07 diciembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 6.- PRELACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS

Las deudas por tributos gozan del privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, las aportaciones impagas al Seguro Social de Salud - ESSALUD, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley Nº 25897; alimentos y; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro."

Artículo 7.- DEUDOR TRIBUTARIO

Deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable.

Artículo 8.- CONTRIBUYENTE

Contribuyente es aquél que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria.

Artículo 9.- RESPONSABLE

Responsable es aquél que, sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a éste.

Artículo 10.- AGENTES DE RETENCIÓN O PERCEPCIÓN

En defecto de la ley, mediante Decreto Supremo, pueden ser designados agentes de retención o percepción los sujetos que, por razón de su actividad, función o posición contractual estén en posibilidad de retener o percibir tributos y entregarlos al acreedor tributario. Adicionalmente la Administración Tributaria podrá designar como agente de retención o percepción a los sujetos que considere que se encuentran en disposición para efectuar la retención o percepción de tributos.

TÍTULO II

DEUDOR TRIBUTARIO

CAPÍTULO I

DOMICILIO FISCAL

(10) Artículo 11.- DOMICILIO FISCAL Y PROCESAL

Los sujetos obligados a inscribirse ante la Administración Tributaria de acuerdo a las normas respectivas tienen la obligación de fijar y cambiar su domicilio fiscal, conforme ésta lo establezca.

(11) El domicilio fiscal es el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario; sin perjuicio de la facultad del sujeto obligado a inscribirse ante la Administración Tributaria de señalar expresamente un domicilio procesal en cada uno de los procedimientos regulados en el Libro Tercero del presente Código. El domicilio procesal deberá estar ubicado dentro del radio urbano que señale la Administración Tributaria. La opción de señalar domicilio procesal en el procedimiento de cobranza coactiva, para el caso de la SUNAT, se ejercerá por única vez dentro de los tres días hábiles de notificada la Resolución de Ejecución Coactiva y estará

condicionada a la aceptación de aquélla, la que se regulará mediante Resolución de Superintendencia. (*)

(*) Párrafo modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"El domicilio fiscal es el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario; sin perjuicio de la facultad del sujeto obligado a inscribirse ante la Administración Tributaria de señalar expresamente un domicilio procesal en cada uno de los procedimientos regulados en el Libro Tercero del presente Código con excepción de aquel a que se refiere el numeral 1 del artículo 112. El domicilio procesal deberá estar ubicado dentro del radio urbano que señale la Administración Tributaria. La opción de señalar domicilio procesal en el procedimiento de cobranza coactiva, para el caso de la SUNAT, se ejercerá por única vez dentro de los tres días hábiles de notificada la Resolución de Ejecución Coactiva y estará condicionada a la aceptación de aquella, la que se regulará mediante resolución de superintendencia".(*)

(11) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012, que entró en vigencia a los noventa (90) días computados a partir del día siguiente de su publicación.

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"El domicilio fiscal es el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario; sin perjuicio de la facultad del sujeto obligado a inscribirse ante la Administración Tributaria de señalar expresamente un domicilio procesal en cada uno de los procedimientos regulados en el Libro Tercero del presente Código con excepción de aquel a que se refiere el numeral 1 del artículo 112. El domicilio procesal podrá ser físico, en cuyo caso será un lugar fijo ubicado dentro del radio urbano que señale la Administración Tributaria, o electrónico, en cuyo caso, será el buzón electrónico habilitado para efectuar la notificación electrónica de los actos administrativos a que se refiere el inciso b) del artículo 104 y asignado a cada administrado, de acuerdo a lo establecido por resolución de superintendencia para el caso de procedimientos seguidos ante la SUNAT, o mediante resolución ministerial del Sector Economía y Finanzas para el caso de procedimientos seguidos ante el Tribunal Fiscal. La opción de señalar domicilio procesal en el procedimiento de cobranza coactiva, para el caso de la SUNAT, se ejercerá por única vez dentro

de los tres días hábiles de notificada la resolución de ejecución coactiva y en el caso de domicilio procesal físico estará condicionada a la aceptación de aquella, la que se regulará mediante resolución de superintendencia. Cuando de acuerdo a lo establecido por resolución de superintendencia, en el caso de procedimientos ante SUNAT o resolución ministerial, en el caso de procedimientos ante el Tribunal Fiscal, la notificación de los actos administrativos pueda o deba realizarse de acuerdo al inciso b) del artículo 104, no tiene efecto el señalamiento del domicilio procesal físico."

El domicilio fiscal fijado por los sujetos obligados a inscribirse ante la Administración Tributaria se considera subsistente mientras su cambio no sea comunicado a ésta en la forma que establezca. En aquellos casos en que la Administración Tributaria haya notificado al referido sujeto a efecto de realizar una verificación, fiscalización o haya iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva, éste no podrá efectuar el cambio de domicilio fiscal hasta que ésta concluya, salvo que a juicio de la Administración exista causa justificada para el cambio.

La Administración Tributaria está facultada a requerir que se fije un nuevo domicilio fiscal cuando, a su criterio, éste dificulte el ejercicio de sus funciones.

Excepcionalmente, en los casos que se establezca mediante Resolución de Superintendencia, la Administración Tributaria podrá considerar como domicilio fiscal los lugares señalados en el párrafo siguiente, previo requerimiento al sujeto obligado a inscribirse. (*)

(*) Quinto párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Excepcionalmente, en los casos que se establezca mediante resolución de superintendencia u otra norma de rango similar, la Administración Tributaria podrá considerar como domicilio fiscal los lugares señalados en el párrafo siguiente, previo requerimiento al sujeto obligado a inscribirse."

En caso no se cumpla con efectuar el cambio requerido en el plazo otorgado por la Administración Tributaria, se podrá considerar como domicilio fiscal cualesquiera de los lugares a que se hace mención en los Artículos 12, 13, 14 y 15, según el caso. Dicho domicilio no podrá ser

variado por el sujeto obligado a inscribirse ante la Administración Tributaria sin autorización de ésta.

La Administración Tributaria no podrá requerir el cambio de domicilio fiscal, cuando éste sea:

a) La residencia habitual, tratándose de personas naturales.

b) El lugar donde se encuentra la dirección o administración efectiva del negocio, tratándose de personas jurídicas.

c) El de su establecimiento permanente en el país, tratándose de las personas domiciliadas en el extranjero.

Cuando no sea posible realizar la notificación en el domicilio procesal fijado por el sujeto obligado a inscribirse ante la Administración Tributaria, ésta realizará las notificaciones que correspondan en el domicilio fiscal. (*)

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Cuando no sea posible realizar la notificación en el domicilio procesal físico fijado por el sujeto obligado a inscribirse ante la Administración Tributaria, ésta realizará las notificaciones que correspondan en el domicilio fiscal".

(10) Artículo sustituido por el Artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(12) Artículo 12.- PRESUNCIÓN DE DOMICILIO FISCAL DE PERSONAS NATURALES

Cuando las personas naturales no fijen un domicilio fiscal se presume como tal, sin admitir prueba en contrario, cualquiera de los siguientes lugares:

a) El de su residencia habitual, presumiéndose ésta cuando exista permanencia en un lugar mayor a seis (6) meses.

b) Aquél donde desarrolla sus actividades civiles o comerciales.

c) Aquél donde se encuentran los bienes relacionados con los hechos que generan las obligaciones tributarias.

d) El declarado ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

En caso de existir más de un domicilio fiscal en el sentido de este artículo, el que elija la Administración Tributaria.

(12) Artículo sustituido por el Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 13.- PRESUNCIÓN DE DOMICILIO FISCAL DE PERSONAS JURÍDICAS

Cuando las personas jurídicas no fijen un domicilio fiscal, se presume como tal, sin admitir prueba en contrario, cualquiera de los siguientes lugares:

a) Aquél donde se encuentra su dirección o administración efectiva.

b) Aquél donde se encuentra el centro principal de su actividad.

c) Aquél donde se encuentran los bienes relacionados con los hechos que generan las obligaciones tributarias.

d) El domicilio de su representante legal; entendiéndose como tal, su domicilio fiscal, o en su defecto cualquiera de los señalados en el Artículo 12.

En caso de existir más de un domicilio fiscal en el sentido de este artículo, el que elija la Administración Tributaria.

Artículo 14.- PRESUNCIÓN DE DOMICILIO FISCAL DE DOMICILIADOS EN EL EXTRANJERO

Cuando las personas domiciliadas en el extranjero no fijen un domicilio fiscal, regirán las siguientes normas:

a) Si tienen establecimiento permanente en el país, se aplicarán a éste las disposiciones de los Artículos 12 y 13.

b) En los demás casos, se presume como su domicilio, sin admitir prueba en contrario, el de su representante.

Artículo 15.- PRESUNCION DE DOMICILIO FISCAL PARA ENTIDADES QUE CARECEN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

Cuando las entidades que carecen de personalidad jurídica no fijen domicilio fiscal, se presume como tal el de su representante, o alternativamente, a elección de la Administración Tributaria, el correspondiente a cualquiera de sus integrantes.

CAPÍTULO II

RESPONSABLES Y REPRESENTANTES

Artículo 16.- REPRESENTANTES - RESPONSABLES SOLIDARIOS

Están obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administren o que dispongan, las personas siguientes:

1. Los padres, tutores y curadores de los incapaces.

2. Los representantes legales y los designados por las personas jurídicas.

3. Los administradores o quiénes tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que carecen de personería jurídica.

4. Los mandatarios, administradores, gestores de negocios y albaceas.

5. Los síndicos, interventores o liquidadores de quiebras y los de sociedades y otras entidades.

En los casos de los numerales 2, 3 y 4 existe responsabilidad solidaria cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejen de pagar las deudas tributarias. En los casos de los numerales 1 y 5 dicha responsabilidad surge cuando por acción u omisión del representante se produce el incumplimiento de las obligaciones tributarias del representado.

(13) Se considera que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades, salvo prueba en contrario, cuando el deudor tributario:

1. No lleva contabilidad o lleva dos o más juegos de libros o registros para una misma contabilidad, con distintos asientos.

A tal efecto, se entiende que el deudor no lleva contabilidad, cuando los libros o registros que se encuentra obligado a llevar no son exhibidos o presentados a requerimiento de la

Administración Tributaria, dentro de un plazo máximo de 10 (diez) días hábiles, por causas imputables al deudor tributario.

2. Tenga la condición de no habido de acuerdo a las normas que se establezcan mediante decreto supremo.

3. Emite y/u otorga más de un comprobante de pago así como notas de débito y/o crédito, con la misma serie y/o numeración, según corresponda.

4. No se ha inscrito ante la Administración Tributaria.

5. Anota en sus libros y registros los comprobantes de pago que recibe u otorga por montos distintos a los consignados en dichos comprobantes u omite anotarlos, siempre que no se trate de errores materiales.

(14) 6. Obtiene, por hecho propio, indebidamente Notas de Crédito Negociables, órdenes de pago del sistema financiero y/o abono en cuenta corriente o de ahorros u otros similares.

(14) Numeral modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

7. Emplea bienes o productos que gocen de exoneraciones o beneficios en actividades distintas de las que corresponden.

8. Elabora o comercializa clandestinamente bienes gravados mediante la sustracción a los controles fiscales; la utilización indebida de sellos, timbres, precintos y demás medios de control; la destrucción o adulteración de los mismos; la alteración de las características de los bienes; la ocultación, cambio de destino o falsa indicación de la procedencia de los mismos.

9. No ha declarado ni determinado su obligación en el plazo requerido en el numeral 4 del Artículo 78.

10. Omite a uno o más trabajadores al presentar las declaraciones relativas a los tributos que graven las remuneraciones de éstos.

11. Se acoge al Nuevo Régimen Único Simplificado o al Régimen Especial del Impuesto a la Renta siendo un sujeto no comprendido en dichos regímenes en virtud a las normas pertinentes.(*)

(*) Numeral 11) modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1270, publicado el 20 diciembre 2016, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2017, cuyo texto es el siguiente:

"11. Se acoge al Nuevo Régimen Único Simplificado o se incluye en el Régimen Especial del Impuesto a la Renta o en el Régimen MYPE Tributario siendo un sujeto no comprendido en dichos regímenes en virtud a las normas pertinentes."

(13) Párrafo sustituido por el Artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(15) En todos los demás casos, corresponde a la Administración Tributaria probar la existencia de dolo, negligencia grave o abuso de facultades.

(15) Párrafo incorporado por el Artículo 3 de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.

(16) Artículo 16-A.- ADMINISTRADOR DE HECHO - RESPONSABLE SOLIDARIO

Está obligado a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de responsable solidario, el administrador de hecho.

Para tal efecto, se considera como administrador de hecho a aquél que actúa sin tener la condición de administrador por nombramiento formal y disponga de un poder de gestión o dirección o influencia decisiva en el deudor tributario, tales como:

1. Aquél que ejerza la función de administrador habiendo sido nombrado por un órgano incompetente, o

2. Aquél que después de haber renunciado formalmente o se haya revocado, o haya caducado su condición de administrador formal, siga ejerciendo funciones de gestión o dirección, o

3. Quien actúa frente a terceros con la apariencia jurídica de un administrador formalmente designado, o

4. Aquél que en los hechos tiene el manejo administrativo, económico o financiero del deudor tributario, o que asume un poder de dirección, o influye de forma decisiva, directamente o a través de terceros, en las decisiones del deudor tributario.

Existe responsabilidad solidaria cuando por dolo o negligencia grave se dejen de pagar las deudas tributarias. Se considera que existe dolo o negligencia grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor tributario incurra en lo establecido en el tercer párrafo del artículo 16. En todos los demás casos, corresponde a la Administración Tributaria probar la existencia de dolo o negligencia grave.

(16) Artículo incorporado por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

Artículo 17.- RESPONSABLES SOLIDARIOS EN CALIDAD DE ADQUIRENTES

Son responsables solidarios en calidad de adquirentes:

(17)1. Los herederos y legatarios, hasta el límite del valor de los bienes que reciban.

Los herederos también son responsables solidarios por los bienes que reciban en anticipo de legítima, hasta el valor de dichos bienes y desde la adquisición de éstos.

(17) Numeral sustituido por el Artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

2. Los socios que reciban bienes por liquidación de sociedades u otros entes colectivos de los que han formado parte, hasta el límite del valor de los bienes que reciban;

(18)3. Los adquirentes del activo y/o pasivo de empresas o entes colectivos con o sin personalidad jurídica.

En los casos de reorganización de sociedades o empresas a que se refieren las normas sobre la materia, surgirá responsabilidad solidaria cuando se adquiere el activo y/o el pasivo.

(18) Numeral sustituido por el Artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(19) La responsabilidad cesará:

a) Tratándose de herederos y demás adquirentes a título universal, al vencimiento del plazo de prescripción.

Se entienden comprendidos dentro del párrafo anterior a quienes adquieran activos y/o pasivos como consecuencia de la reorganización de sociedades o empresas a que se refieren las normas sobre la materia.

b) Tratándose de los otros adquirentes cesará a los 2 (dos) años de efectuada la transferencia, si fue comunicada a la Administración Tributaria dentro del plazo que señale ésta. En caso se comunique la transferencia fuera de dicho plazo o no se comunique, cesará cuando prescriba la deuda tributaria respectiva.

(19) Párrafo sustituido por el Artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(20) Artículo 18o.- RESPONSABLES SOLIDARIOS

Son responsables solidarios con el contribuyente:

1. Las empresas porteadoras que transporten productos gravados con tributos, si no cumplen los requisitos que señalen las leyes tributarias para el transporte de dichos productos.

(21) 2. Los agentes de retención o percepción, cuando hubieren omitido la retención o percepción a que estaban obligados. Efectuada la retención o percepción el agente es el único responsable ante la Administración Tributaria.

(21) Numeral sustituido por el Artículo 1 de la Ley Nº 28647, publicada el 11 de diciembre de 2005.

(22) 3. Los terceros notificados para efectuar un embargo en forma de retención hasta por el monto que debió ser retenido, de conformidad con el artículo 118, cuando:

a) No comuniquen la existencia o el valor de créditos o bienes y entreguen al deudor tributario o a una persona designada por éste, el monto o los bienes retenidos o que se debieron retener, según corresponda.

b) Nieguen la existencia o el valor de créditos o bienes, ya sea que entreguen o no al tercero o a una persona designada por éste, el monto o los bienes retenidos o que se debieron retener, según corresponda.

c) Comuniquen la existencia o el valor de créditos o bienes, pero no realicen la retención por el monto solicitado.

d) Comuniquen la existencia o el valor de créditos o bienes y efectúen la retención, pero no entreguen a la Administración Tributaria el producto de la retención.

En estos casos, la Administración Tributaria podrá disponer que se efectúe la verificación que permita confirmar los supuestos que determinan la responsabilidad.

No existe responsabilidad solidaria si el tercero notificado le entrega a la Administración Tributaria lo que se debió retener.

(22) Numeral sustituido por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

4. Los depositarios de bienes embargados, hasta por el monto de la deuda tributaria en cobranza, incluidas las costas y gastos, cuando, habiendo sido solicitados por la Administración Tributaria, no hayan sido puestos a su disposición en las condiciones en las que fueron entregados por causas imputables al depositario. En caso de que dicha deuda fuera mayor que el valor del bien, la responsabilidad solidaria se limitará al valor del bien embargado. Dicho valor será el determinado según el Artículo 121 y sus normas reglamentarias.

"Tratándose de deuda tributaria administrada por la SUNAT, la responsabilidad solidaria del depositario se limita al monto de los tributos, multas e intereses en cobranza." (*)

(*) Párrafo incorporado por el Artículo 16 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

5. Los acreedores vinculados con el deudor tributario según el criterio establecido en el Artículo 12 de la Ley General del Sistema Concursal, que hubieran ocultado dicha vinculación en el procedimiento concursal relativo al referido deudor, incumpliendo con lo previsto en dicha ley.

6. Los sujetos comprendidos en los numerales 2, 3 y 4 del Artículo 16, cuando las empresas a las que pertenezcan hubieran distribuido utilidades, teniendo deudas tributarias pendientes en cobranza coactiva, sin que éstos hayan informado adecuadamente a la Junta de Accionistas, propietarios de empresas o responsables de la decisión, y a la SUNAT; siempre que no se dé alguna de las causales de suspensión o conclusión de la cobranza conforme a lo dispuesto en el Artículo 119.

(23) También son responsables solidarios, los sujetos miembros o los que fueron miembros de los entes colectivos sin personalidad jurídica por la deuda tributaria que dichos entes generen y que no hubiera sido cancelada dentro del plazo previsto por la norma legal correspondiente, o que se encuentre pendiente cuando dichos entes dejen de ser tales.

(23) Párrafo sustituido por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(20) Artículo sustituido por el Artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 19.- RESPONSABLES SOLIDARIOS POR HECHO GENERADOR

Están solidariamente obligadas aquellas personas respecto de las cuales se verifique un mismo hecho generador de obligaciones tributarias.

Artículo 20.- DERECHO DE REPETICIÓN

Los sujetos obligados al pago del tributo, de acuerdo con lo establecido en los artículos precedentes, tienen derecho a exigir a los respectivos contribuyentes la devolución del monto pagado.

(24) Artículo 20-A.- EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Los efectos de la responsabilidad solidaria son:

1. La deuda tributaria puede ser exigida total o parcialmente a cualquiera de los deudores tributarios o a todos ellos simultáneamente, salvo cuando se trate de multas en los casos de responsables solidarios que tengan la categoría de tales en virtud a lo señalado en el numeral 1. del artículo 17, los numerales 1. y 2. del artículo 18 y el artículo 19.

2. La extinción de la deuda tributaria del contribuyente libera a todos los responsables solidarios de la deuda a su cargo.

3. Los actos de interrupción efectuados por la Administración Tributaria respecto del contribuyente, surten efectos colectivamente para todos los responsables solidarios. Los actos de suspensión de la prescripción respecto del contribuyente o responsables solidarios, a que se refieren los incisos a) del numeral 1. y a) y e) del numeral 2. del artículo 46 tienen efectos colectivamente.

4. La impugnación que se realice contra la resolución de determinación de responsabilidad solidaria puede referirse tanto al supuesto legal que da lugar a dicha responsabilidad como a la deuda tributaria respecto de la cual se es responsable, sin que en la resolución que resuelve dicha impugnación pueda revisarse la deuda tributaria que hubiera quedado firme en la vía administrativa.

Para efectos de este numeral se entenderá que la deuda es firme en la vía administrativa cuando se hubiese notificado la resolución que pone fin a la vía administrativa al contribuyente o a los otros responsables.

5. La suspensión o conclusión del procedimiento de cobranza coactiva respecto del contribuyente o uno de los responsables, surte efectos respecto de los demás, salvo en el caso del numeral 7. del inciso b) del artículo 119. Tratándose del inciso c) del citado artículo la suspensión o conclusión del procedimiento de cobranza coactiva surtirá efectos para los responsables sólo si quien se encuentra en dicho supuesto es el contribuyente

Para que surta efectos la responsabilidad solidaria, la Administración Tributaria debe notificar al responsable la resolución de determinación de atribución de responsabilidad en donde se señale la causal de atribución de la responsabilidad y el monto de la deuda objeto de la responsabilidad.

(24) Artículo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 21.- CAPACIDAD TRIBUTARIA

Tienen capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el derecho privado o público, siempre que la Ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias.

Artículo 22.- REPRESENTACIÓN DE PERSONAS NATURALES Y SUJETOS QUE CARECEN DE PERSONERIA JURÍDICA

La representación de los sujetos que carezcan de personería jurídica, corresponderá a sus integrantes, administradores o representantes legales o designados. Tratándose de personas naturales que carezcan de capacidad jurídica para obrar, actuarán sus representantes legales o judiciales.

Las personas o entidades sujetas a obligaciones tributarias podrán cumplirlas por sí mismas o por medio de sus representantes.

(25) Artículo 23.- FORMA DE ACREDITAR LA REPRESENTACIÓN

Para presentar declaraciones y escritos, acceder a información de terceros independientes utilizados como comparables en virtud a las normas de precios de transferencia, interponer medios impugnatorios o recursos administrativos, desistirse o renunciar a derechos, la persona que actúe en nombre del titular deberá acreditar su representación mediante poder por documento público o privado con firma legalizada notarialmente o por fedatario designado por la Administración Tributaria o, de acuerdo a lo previsto en las normas que otorgan dichas facultades, según corresponda.

(26) La falta o insuficiencia del poder no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, cuando la Administración Tributaria pueda subsanarlo de oficio, o en su defecto, el deudor tributario acompañe el poder o subsane el defecto dentro del término de quince (15) días

hábiles que deberá conceder para este fin la Administración Tributaria. Cuando el caso lo amerite, ésta podrá prorrogar dicho plazo por uno igual. En el caso de las quejas y solicitudes presentadas al amparo del artículo 153, el plazo para presentar el poder o subsanar el defecto será de cinco (5) días hábiles.

Para efecto de mero trámite se presumirá concedida la representación.(*)

(26) Párrafo sustituido por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(25) Artículo sustituido por el Artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 23. - FORMA DE ACREDITAR LA REPRESENTACIÓN

Para presentar declaraciones y escritos, acceder a información de terceros independientes utilizados como comparables en virtud a las normas de precios de transferencia, interponer medios impugnatorios o recursos administrativos, desistirse o renunciar a derechos, así como recabar documentos que contengan información protegida por la reserva tributaria a que se refiere el artículo 85, la persona que actúe en nombre del titular deberá acreditar su representación mediante poder por documento público o privado con firma legalizada notarialmente o por fedatario designado por la Administración Tributaria o, de acuerdo a lo previsto en las normas que otorgan dichas facultades, según corresponda.

La SUNAT podrá regular mediante resolución de superintendencia a que se refiere el artículo 112-A, otras formas y condiciones en que se acreditara la representación distintas al documento público, así como la autorización al tercero para recoger las copias de los documentos e incluso el envío de aquellos por sistemas electrónicos, telemáticos o, informáticos.

La falta o insuficiencia del poder no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, cuando la Administración Tributaria pueda subsanarlo de oficio, o en su defecto, el deudor tributario acompañe el poder o subsane el defecto dentro del término de quince (15) días hábiles que deberá conceder para este fin la Administración Tributaria, salvo en los procedimientos de aprobación automática. Cuando el caso lo amerite, ésta podrá prorrogar dicho plazo por uno igual. En el caso de las quejas y solicitudes presentadas al amparo del artículo 153, el plazo para presentar el poder o subsanar el defecto será de cinco (5) días hábiles.

Para efecto de mero trámite se presumirá concedida la representación".

Artículo 24.- EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN

Los representados están sujetos al cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de la actuación de sus representantes.

TÍTULO III

TRANSMISIÓN Y EXTINCION DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25.- TRANSMISIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La obligación tributaria se transmite a los sucesores y demás adquirentes a título universal.

En caso de herencia la responsabilidad está limitada al valor de los bienes y derechos que se reciba.

Artículo 26.- TRANSMISIÓN CONVENCIONAL DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Los actos o convenios por los que el deudor tributario transmite su obligación tributaria a un tercero, carecen de eficacia frente a la Administración Tributaria.

(27) Artículo 27.- EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La obligación tributaria se extingue por los siguientes medios:

1) Pago.

2) Compensación.

3) Condonación.

4) Consolidación.

5) Resolución de la Administración Tributaria sobre deudas de cobranza dudosa o de recuperación onerosa.

6) Otros que se establezcan por leyes especiales.

Las deudas de cobranza dudosa son aquéllas que constan en las respectivas Resoluciones u Órdenes de Pago y respecto de las cuales se han agotado todas las acciones contempladas en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, siempre que sea posible ejercerlas.

Las deudas de recuperación onerosa son las siguientes:

a) Aquéllas que constan en las respectivas Resoluciones u Órdenes de Pago y cuyos montos no justifican su cobranza.

b) Aquéllas que han sido autoliquidadas por el deudor tributario y cuyo saldo no justifique la emisión de la resolución u orden de pago del acto respectivo, siempre que no se trate de deudas que estén en un aplazamiento y/o fraccionamiento de carácter general o particular.

(27) Artículo sustituido por el Artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CAPÍTULO II

LA DEUDA TRIBUTARIA Y EL PAGO

Artículo 28.- COMPONENTES DE LA DEUDA TRIBUTARIA

La Administración Tributaria exigirá el pago de la deuda tributaria que está constituida por el tributo, las multas y los intereses.

Los intereses comprenden:

1. El interés moratorio por el pago extemporáneo del tributo a que se refiere el Artículo 33;

2. El interés moratorio aplicable a las multas a que se refiere el Artículo 181; y,

3. El interés por aplazamiento y/o fraccionamiento de pago previsto en el Artículo 36.

(28) Artículo 29.- LUGAR, FORMA Y PLAZO DE PAGO

El pago se efectuará en la forma que señala la Ley, o en su defecto, el Reglamento, y a falta de éstos, la Resolución de la Administración Tributaria.

La Administración Tributaria, a solicitud del deudor tributario podrá autorizar, entre otros mecanismos, el pago mediante débito en cuenta corriente o de ahorros, siempre que se hubiera realizado la acreditación en las cuentas que ésta establezca previo cumplimiento de las condiciones que señale mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar. Adicionalmente, podrá establecer para determinados deudores la obligación de realizar el pago utilizando dichos mecanismos en las condiciones que señale para ello.

El lugar de pago será aquel que señale la Administración Tributaria mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar.

Al lugar de pago fijado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, para los deudores tributarios notificados como Principales Contribuyentes no le será oponible el domicilio fiscal. En este caso, el lugar de pago debe encontrarse dentro del ámbito territorial de competencia de la oficina fiscal correspondiente.

(29) Tratándose de tributos que administra la SUNAT o cuya recaudación estuviera a su cargo, el pago se realizará dentro de los siguientes plazos:

a) Los tributos de determinación anual que se devenguen al término del año gravable se pagarán dentro de los tres (3) primeros meses del año siguiente.

b) Los tributos de determinación mensual, los anticipos y los pagos a cuenta mensuales se pagarán dentro de los doce (12) primeros días hábiles del mes siguiente. (*)

(*) Iniciso modificado por el Artículo 4 de la Ley N° 30524, publicada el 13 diciembre 2016, el mismo que entrará en vigencia a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha de publicación, en el diario oficial El Peruano, del decreto supremo que apruebe las normas reglamentarias para su aplicación, cuyo texto es el siguiente:

“b) Los tributos de determinación mensual, los anticipos y los pagos a cuenta mensuales se pagarán dentro de los doce (12) primeros días hábiles del mes siguiente, salvo las excepciones establecidas por ley”.

c) Los tributos que incidan en hechos imponibles de realización inmediata se pagarán dentro de los doce (12) primeros días hábiles del mes siguiente al del nacimiento de la obligación tributaria.

d) Los tributos, los anticipos y los pagos a cuenta no contemplados en los incisos anteriores, las retenciones y las percepciones se pagarán conforme lo establezcan las disposiciones pertinentes.

e) Los tributos que graven la importación, se pagarán de acuerdo a las normas especiales.

(29) Párrafo sustituido por el Artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CONCORDANCIAS: R. N° 376-2014-SUNAT (Establecen cronogramas para el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes al año 2015)

(30) La SUNAT podrá establecer cronogramas de pagos para que éstos se realicen dentro de los seis (6) días hábiles anteriores o seis (6) días hábiles posteriores al día de vencimiento del plazo señalado para el pago. Asimismo, se podrá establecer cronogramas de pagos para las retenciones y percepciones a que se refiere el inciso d) del presente artículo.

(30) Párrafo sustituido por el Artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

El plazo para el pago de la deuda tributaria podrá ser prorrogado, con carácter general, por la Administración Tributaria.

(28) Artículo sustituido por el Artículo 5 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

Artículo 30.- OBLIGADOS AL PAGO

El pago de la deuda tributaria será efectuado por los deudores tributarios y, en su caso, por sus representantes.

Los terceros pueden realizar el pago, salvo oposición motivada del deudor tributario.

Artículo 31.- IMPUTACIÓN DEL PAGO

Los pagos se imputarán en primer lugar, si lo hubiere, al interés moratorio y luego al tributo o multa, de ser el caso; salvo lo dispuesto en los Artículos 117 y 184, respecto a las costas y gastos.(*)

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 31.- IMPUTACIÓN DEL PAGO

Los pagos se imputarán en primer lugar, si lo hubiere, al interés moratorio y luego al tributo o multa, de ser el caso, salvo cuando deban pagarse las costas y gastos a que se refiere el Artículo 117, en cuyo caso estos se imputarán según lo dispuesto en dicho Artículo."

El deudor tributario podrá indicar el tributo o multa y el período por el cual realiza el pago.

Cuando el deudor tributario no realice dicha indicación, el pago parcial que corresponda a varios tributos o multas del mismo período se imputará, en primer lugar, a la deuda tributaria de menor monto y así sucesivamente a las deudas mayores. Si existiesen deudas de diferente vencimiento, el pago se atribuirá en orden a la antigüedad del vencimiento de la deuda tributaria.

CONCORDANCIAS: R.N° 098-2017-SUNAT (Aprueban Normas para la presentación de la solicitud de acogimiento al fraccionamiento especial establecido por el Decreto Legislativo Nº 1257, así como para su pago)

(31) Artículo 32.- FORMAS DE PAGO DE LA DEUDA TRIBUTARIA

El pago de la deuda tributaria se realizará en moneda nacional. Para efectuar el pago se podrán utilizar los siguientes medios:

a) Dinero en efectivo;

b) Cheques;

c) Notas de Crédito Negociables;

d) Débito en cuenta corriente o de ahorros;

e) Tarjeta de crédito; y,

f) Otros medios que la Administración Tributaria apruebe.

Los medios de pago a que se refieren los incisos b), c) y f) se expresarán en moneda nacional. El pago mediante tarjeta de crédito se sujetará a los requisitos, formas, procedimientos y condiciones que establezca la Administración Tributaria.

La entrega de cheques bancarios producirá el efecto de pago siempre que se hagan efectivos. Los débitos en cuenta corriente o de ahorro del deudor tributario, así como el pago con tarjeta de crédito surtirán efecto siempre que se hubiera realizado la acreditación en la cuenta correspondiente de la Administración Tributaria.

Cuando los cheques bancarios no se hagan efectivos por causas no imputables al deudor tributario o al tercero que cumpla la obligación por aquél, no surtirán efecto de pago. En este caso, si el pago fue realizado hasta la fecha de vencimiento del plazo a que se refiere el Artículo 29, la Administración Tributaria requerirá únicamente el pago del tributo, aplicándose el interés moratorio a partir de la fecha en que vence dicho requerimiento. Si el pago se hubiera efectuado después del vencimiento del plazo previsto en el citado artículo, no se cobrarán los intereses que se hubieran generado entre la fecha del pago y la fecha en que vence el requerimiento.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá disponer el pago de tributos en especie; los mismos que serán valuados, según el valor de mercado en la fecha en que se efectúen.

Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza Municipal, podrán disponer que el pago de sus tasas y contribuciones se realice en especie; los mismos que serán valuados, según el valor de mercado en la fecha en que se efectúen. Excepcionalmente, tratándose de impuestos municipales, podrán disponer el pago en especie a través de bienes inmuebles, debidamente inscritos en Registros Públicos, libres de gravámenes y desocupados; siendo el valor de los mismos el valor de autoavalúo del bien o el valor de tasación comercial del bien efectuado por el Consejo Nacional de Tasaciones, el que resulte mayor.

Para efecto de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará como bien inmueble los bienes susceptibles de inscripción en el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

(31) Artículo sustituido por el Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

Artículo 33.- INTERESES MORATORIOS (32)

El monto del tributo no pagado dentro de los plazos indicados en el Artículo 29 devengará un interés equivalente a la Tasa de Interés Moratorio (TIM), la cual no podrá exceder del 10% (diez por ciento) por encima de la tasa activa del mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros el último día hábil del mes anterior.

(32) Párrafo sustituido por el Artículo 4 de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.

(El segundo párrafo fue derogado por el Artículo 14 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(33) La SUNAT fijará la TIM respecto a los tributos que administra o cuya recaudación estuviera a su cargo. En los casos de los tributos administrados por los Gobiernos Locales, la TIM será fijada por Ordenanza Municipal, la misma que no podrá ser mayor a la que establezca la SUNAT. Tratándose de los tributos administrados por otros Órganos, la TIM será la que establezca la SUNAT, salvo que se fije una diferente mediante Resolución Ministerial de Economía y Finanzas.

(33) Párrafo sustituido por el Artículo 14 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(34) Los intereses moratorios se aplicarán diariamente desde el día siguiente a la fecha de vencimiento hasta la fecha de pago inclusive, multiplicando el monto del tributo impago por la TIM diaria vigente. La TIM diaria vigente resulta de dividir la TIM vigente entre treinta (30).

(34) Párrafo sustituido por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

(35) La aplicación de los intereses moratorios se suspenderá a partir del vencimiento de los plazos máximos establecidos en el Artículo 142 hasta la emisión de la resolución que culmine el procedimiento de reclamación ante la Administración Tributaria, siempre y cuando el vencimiento del plazo sin que se haya resuelto la reclamación fuera por causa imputable a ésta. (*)

(35) Párrafo incorporado por el Artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Cuarto párrafo modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, cuyo texto es el siguiente:

"La aplicación de los intereses moratorios se suspenderá a partir del vencimiento de los plazos máximos establecidos en los Artículos 142, 150 y 152 hasta la emisión de la resolución que culmine el procedimiento de reclamación ante la Administración Tributaria o de apelación ante el Tribunal Fiscal, siempre y cuando el vencimiento del plazo sin que se haya resuelto la reclamación o apelación fuera por causa imputable a dichos órganos resolutores." (*)

(*) Cuarto párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"La aplicación de los intereses moratorios se suspenderá a partir del vencimiento de los plazos máximos establecidos en los Artículos 142, 150, 152 y 156 hasta la emisión de la resolución que culmine el procedimiento de reclamación ante la Administración Tributaria o de apelación ante el Tribunal Fiscal o la emisión de resolución de cumplimiento por la Administración Tributaria, siempre y cuando el vencimiento del plazo sin que se haya resuelto la reclamación o apelación o emitido la resolución de cumplimiento fuera por causa imputable a dichos órganos resolutores."

(36) Durante el periodo de suspensión la deuda será actualizada en función del Índice de Precios al Consumidor.

(36) Párrafo incorporado por el Artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(37) Las dilaciones en el procedimiento por causa imputable al deudor no se tendrán en cuenta a efectos de la suspensión de los intereses moratorios.

(37) Párrafo incorporado por el Artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(38) La suspensión de intereses no es aplicable a la etapa de apelación ante el Tribunal Fiscal ni durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa.(*)

(38) Párrafo incorporado por el Artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, cuyo texto es el siguiente:

"La suspensión de intereses no es aplicable durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa."

CONCORDANCIAS: D.S. N° 005-2014-EF, Art. 20 (Utilización de los CIPRL)

D.S.N° 362-2015-EF (Decreto Supremo que regula el procedimiento de actualización de la deuda tributaria y aduanera en función del IPC en el caso de recursos de apelación de acuerdo a lo establecido en el artículo 33 del Código Tributario y en el artículo 151 de la

Ley General de Aduanas)

(39) Artículo 34.- CÁLCULO DE INTERESES EN LOS ANTICIPOS Y PAGOS A CUENTA

El interés moratorio correspondiente a los anticipos y pagos a cuenta no pagados oportunamente, se aplicará hasta el vencimiento o determinación de la obligación principal.

A partir de ese momento, los intereses devengados constituirán la nueva base para el cálculo del interés moratorio.

(39) Artículo sustituido por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

Artículo 35.- Artículo derogado por el Artículo 64 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

Artículo 36.- APLAZAMIENTO Y/O FRACCIONAMIENTO DE DEUDAS TRIBUTARIAS

(40) Se puede conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria con carácter general, excepto en los casos de tributos retenidos o percibidos, de la manera que establezca el Poder Ejecutivo.

(40) Párrafo sustituido por el Artículo 8 de la Ley Nº 27393, publicada el 30 de diciembre de 2000.

(41) En casos particulares, la Administración Tributaria está facultada a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria al deudor tributario que lo solicite, con excepción de tributos retenidos o percibidos, siempre que dicho deudor cumpla con los requerimientos o garantías que aquélla establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar, y con los siguientes requisitos:

a) Que las deudas tributarias estén suficientemente garantizadas por carta fianza bancaria, hipoteca u otra garantía a juicio de la Administración Tributaria. De ser el caso, la Administración podrá conceder aplazamiento y/o fraccionamiento sin exigir garantías; y

b) Que las deudas tributarias no hayan sido materia de aplazamiento y/o fraccionamiento. Excepcionalmente, mediante Decreto Supremo se podrá establecer los casos en los cuales no se aplique este requisito.

(41) Párrafo sustituido por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

La Administración Tributaria deberá aplicar a la deuda materia de aplazamiento y/o fraccionamiento un interés que no será inferior al ochenta por ciento (80%) ni mayor a la tasa de interés moratorio a que se refiere el Artículo 33.

(42) El incumplimiento de lo establecido en las normas reglamentarias, dará lugar a la ejecución de las medidas de cobranza coactiva, por la totalidad de la amortización e intereses correspondientes que estuvieran pendientes de pago. Para dicho efecto se considerará las causales de pérdida previstas en la Resolución de Superintendencia vigente al momento de la determinación del incumplimiento.

(42) Párrafo sustituido por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

(*) De conformidad con el Artículo 11 de la Resolución de Superintendencia N° 098-2017-SUNAT, publicada el 14 abril 2017, se dispone que las deudas contenidas en las solicitudes de aplazamiento y/o fraccionamiento con carácter particular regulado en el presente artículo, cuya resolución aprobatoria fue emitida entre el 1 de octubre y el 8 de diciembre de 2016, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo Nº 1257 y su reglamento, serán materia de extinción. La deuda que no fuera materia de extinción podrá ser materia de acogimiento al FRAES a solicitud del deudor siempre que dicha deuda, antes de su acogimiento al aplazamiento y/o fraccionamiento con carácter particular, se hubiera encontrado, al 30 de setiembre de 2016, en los supuestos de los numerales 2 y 3 del inciso f) del artículo 3 del Reglamento de aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda tributaria por tributos internos aprobado por la Resolución de Superintendencia Nº 161-2015-SUNAT y/o bajo un procedimiento de cobranza coactiva. En este último caso, la deuda será excluida de dicho aplazamiento y/o fraccionamiento en cuanto el deudor solicite su acogimiento al FRAES. La citada disposición entra en vigencia el 15 de junio de 2017.

CONCORDANCIAS: R. N° 190-2015-SUNAT (Aprueban disposiciones para la aplicación de la excepción que permite a la SUNAT otorgar aplazamiento y/o fraccionamiento por el saldo de deuda tributaria de tributos internos

anteriormente acogida al artículo 36 del Código Tributario)

Artículo 37.- OBLIGACIÓN DE ACEPTAR EL PAGO

El órgano competente para recibir el pago no podrá negarse a admitirlo, aun cuando no cubra la totalidad de la deuda tributaria, sin perjuicio que la Administración Tributaria inicie el Procedimiento de Cobranza Coactiva por el saldo no cancelado.

(43) Artículo 38.- DEVOLUCIONES DE PAGOS INDEBIDOS O EN EXCESO

Las devoluciones de pagos realizados indebidamente o en exceso se efectuarán en moneda nacional, agregándoles un interés fijado por la Administración Tributaria, en el período comprendido entre el día siguiente a la fecha de pago y la fecha en que se ponga a disposición del solicitante la devolución respectiva, de conformidad con lo siguiente:

a) Tratándose de pago indebido o en exceso que resulte como consecuencia de cualquier documento emitido por la Administración Tributaria, a través del cual se exija el pago de una deuda tributaria, se aplicará la tasa de interés moratorio (TIM) prevista en el artículo 33.

b) Tratándose de pago indebido o en exceso que no se encuentre comprendido en el supuesto señalado en el literal a), la tasa de interés no podrá ser inferior a la tasa pasiva de mercado promedio para operaciones en moneda nacional (TIPMN), publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones el último día hábil del año anterior, multiplicada por un factor de 1,20.

Los intereses se calcularán aplicando el procedimiento establecido en el artículo 33.

Tratándose de las devoluciones efectuadas por la Administración Tributaria que resulten en exceso o en forma indebida, el deudor tributario deberá restituir el monto de dichas devoluciones aplicando la tasa de interés moratorio (TIM) prevista en el artículo 33, por el período comprendido entre la fecha de la devolución y la fecha en que se produzca la restitución. Tratándose de aquellas devoluciones que se tornen en indebidas, se aplicará el interés a que se refiere el literal b) del primer párrafo.

(43) Artículo sustituido por el Artículo 1 de la Ley Nº 29191, publicada el 20 de enero de 2008.

Artículo 39.- DEVOLUCIONES DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS POR LA SUNAT

Tratándose de tributos administrados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT:

(44) a) Las devoluciones se efectuarán mediante cheques no negociables, documentos valorados denominados Notas de Crédito Negociables, giros, órdenes de pago del sistema financiero y/o abono en cuenta corriente o de ahorros.

La devolución mediante cheques no negociables, la emisión, utilización y transferencia a terceros de las Notas de Crédito Negociables, así como los giros, órdenes de pago del sistema

financiero y el abono en cuenta corriente o de ahorros se sujetarán a las normas que se establezca por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, previa opinión de la SUNAT.

Mediante Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá autorizar que las devoluciones se realicen por mecanismos distintos a los señalados en los párrafos precedentes.

(44) Inciso sustituido por el Artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(45) b) Mediante Resolución de Superintendencia se fijará un monto mínimo para la presentación de solicitudes de devolución. Tratándose de montos menores al fijado, la SUNAT, podrá compensarlos de oficio o a solicitud de parte de acuerdo a lo establecido en el Artículo 40.

(45) Inciso sustituido por el Artículo 10 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(46) c) En los casos en que la SUNAT determine reparos como consecuencia de la verificación o fiscalización efectuada a partir de la solicitud mencionada en el inciso precedente, deberá proceder a la determinación del monto a devolver considerando los resultados de dicha verificación o fiscalización.

(47) Adicionalmente, si producto de la verificación o fiscalización antes mencionada, se encontraran omisiones en otros tributos o infracciones, la deuda tributaria que se genere por dichos conceptos podrá ser compensada con el pago en exceso, indebido, saldo a favor u otro concepto similar cuya devolución se solicita. De existir un saldo pendiente sujeto a devolución, se procederá a la emisión de las Notas de Crédito Negociables, cheques no negociables y/o al abono en cuenta corriente o de ahorros. Las Notas de Crédito Negociables y los cheques no negociables podrán ser aplicadas al pago de las deudas tributarias exigibles, de ser el caso. Para este efecto, los cheques no negociables se girarán a la orden del órgano de la Administración Tributaria.

(47) Párrafo sustituido por el Artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(46) Inciso sustituido por el Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 930, publicado el 10 de octubre de 2003.

(48) Tratándose de tributos administrados por los Gobiernos Locales las devoluciones se efectuarán mediante cheques no negociables y/o documentos valorados denominados Notas de Crédito Negociables. Será de aplicación en lo que fuere pertinente lo dispuesto en párrafos anteriores.

(48) Párrafo incorporado por el Artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(49) Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se establecerán las normas que regularán entre otros, la devolución de los tributos que administran los Gobiernos Locales mediante cheques no negociables, así como la emisión, utilización y transferencia a terceros de las Notas de Crédito Negociables.

(49) Párrafo incorporado por el Artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CAPÍTULO III

COMPENSACIÓN, CONDONACIÓN Y CONSOLIDACIÓN

(50) Artículo 40.- COMPENSACIÓN

La deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente con los créditos por tributos, sanciones, intereses y otros conceptos pagados en exceso o indebidamente, que correspondan a períodos no prescritos, que sean administrados por el mismo órgano administrador y cuya

recaudación constituya ingreso de una misma entidad. A tal efecto, la compensación podrá realizarse en cualquiera de las siguientes formas:

1. Compensación automática, únicamente en los casos establecidos expresamente por ley.

2. Compensación de oficio por la Administración Tributaria:

a) Si durante una verificación y/o fiscalización determina una deuda tributaria pendiente de pago y la existencia de los créditos a que se refiere el presente artículo.

b) Si de acuerdo a la información que contienen los sistemas de la SUNAT sobre declaraciones y pagos se detecta un pago indebido o en exceso y existe deuda tributaria pendiente de pago.

La SUNAT señalará los supuestos en que opera la referida compensación.

En tales casos, la imputación se efectuará de conformidad con el artículo 31.

3. Compensación a solicitud de parte, la que deberá ser efectuada por la Administración Tributaria, previo cumplimiento de los requisitos, forma, oportunidad y condiciones que ésta señale.

La compensación señalada en los numerales 2. y 3. del párrafo precedente surtirá efecto en la fecha en que la deuda tributaria y los créditos a que se refiere el primer párrafo del presente artículo coexistan y hasta el agotamiento de estos últimos.

Se entiende por deuda tributaria materia de compensación a que se refieren los numerales 2. y 3. del primer párrafo del presente artículo, al tributo o multa insolutos a la fecha de vencimiento o de la comisión o, en su defecto, detección de la infracción, respectivamente, o al saldo pendiente de pago de la deuda tributaria, según corresponda.

En el caso de los anticipos o pagos a cuenta, una vez vencido el plazo de regularización o determinada la obligación principal, se considerará como deuda tributaria materia de la compensación a los intereses devengados a que se refiere el segundo párrafo del artículo 34, o a su saldo pendiente de pago, según corresponda.

Al momento de la coexistencia, si el crédito proviene de pagos en exceso o indebidos, y es anterior a la deuda tributaria materia de compensación, se imputará contra ésta en primer lugar, el interés al que se refiere el artículo 38 y luego el monto del crédito.

Para efecto de este artículo, son créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias.

(50) Artículo sustituido por el Artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 41.- CONDONACION

La deuda tributaria sólo podrá ser condonada por norma expresa con rango de Ley.

(51) Excepcionalmente, los Gobiernos locales podrán condonar, con carácter general, el interés moratorio y las sanciones, respecto de los impuestos que administren. En el caso de contribuciones y tasas dicha condonación también podrá alcanzar al tributo.

(51) Párrafo sustituido por el Artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 42.- CONSOLIDACION

La deuda tributaria se extinguirá por consolidación cuando el acreedor de la obligación tributaria se convierta en deudor de la misma como consecuencia de la transmisión de bienes o derechos que son objeto del tributo.

CAPÍTULO IV

PRESCRIPCIÓN (52)

Artículo 43.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

La acción de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria, así como la acción para exigir su pago y aplicar sanciones prescribe a los cuatro (4) años, y a los seis (6) años para quienes no hayan presentado la declaración respectiva.

Dichas acciones prescriben a los diez (10) años cuando el Agente de retención o percepción no ha pagado el tributo retenido o percibido.

La acción para solicitar o efectuar la compensación, así como para solicitar la devolución prescribe a los cuatro (4) años.

(52) Artículo sustituido por el Artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 44.- COMPUTO DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCION

El término prescriptorio se computará:

1. Desde el uno (1) de enero del año siguiente a la fecha en que vence el plazo para la presentación de la declaración anual respectiva.

2. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, respecto de tributos que deban ser determinados por el deudor tributario no comprendidos en el inciso anterior. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"2. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que la obligación sea exigible, respecto de tributos que deban ser determinados por el deudor tributario no comprendidos en el inciso anterior y de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta."

3. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha de nacimiento de la obligación tributaria, en los casos de tributos no comprendidos en los incisos anteriores.

4. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, a la fecha en que la Administración Tributaria detectó la infracción.

5. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que se efectuó el pago indebido o en exceso o en que devino en tal, tratándose de la acción a que se refiere el último párrafo del artículo anterior.

(53) 6. Desde el uno (1) de enero siguiente a la fecha en que nace el crédito por tributos cuya devolución se tiene derecho a solicitar, tratándose de las originadas por conceptos distintos a los pagos en exceso o indebidos.

(53) Numeral incluido por el Artículo 19 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(54) 7. Desde el día siguiente de realizada la notificación de las Resoluciones de Determinación o de Multa, tratándose de la acción de la Administración Tributaria para exigir el pago de la deuda contenida en ellas.

(54) Numeral incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

(55) Artículo 45.- INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

1. El plazo de prescripción de la facultad de la Administración Tributaria para determinar la obligación tributaria se interrumpe:

a) Por la presentación de una solicitud de devolución.

b) Por el reconocimiento expreso de la obligación tributaria.

(56) c) Por la notificación de cualquier acto de la Administración Tributaria dirigido al reconocimiento o regularización de la obligación tributaria o al ejercicio de la facultad de fiscalización de la Administración Tributaria para la determinación de la obligación tributaria, con excepción de aquellos actos que se notifiquen cuando la SUNAT, en el ejercicio de la citada facultad, realice un procedimiento de fiscalización parcial.

(56) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

d) Por el pago parcial de la deuda.

e) Por la solicitud de fraccionamiento u otras facilidades de pago.

2. El plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la obligación tributaria se interrumpe:

(57) a) Por la notificación de la orden de pago.

(57) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

b) Por el reconocimiento expreso de la obligación tributaria.

c) Por el pago parcial de la deuda.

d) Por la solicitud de fraccionamiento u otras facilidades de pago.

e) Por la notificación de la resolución de pérdida del aplazamiento y/o fraccionamiento.

f) Por la notificación del requerimiento de pago de la deuda tributaria que se encuentre en cobranza coactiva y por cualquier otro acto notificado al deudor, dentro del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

3. El plazo de prescripción de la acción de aplicar sanciones se interrumpe:

(58) a) Por la notificación de cualquier acto de la Administración Tributaria dirigido al reconocimiento o regularización de la infracción o al ejercicio de la facultad de fiscalización de la Administración Tributaria para la aplicación de las sanciones, con excepción de aquellos actos que se notifiquen cuando la SUNAT, en el ejercicio de la citada facultad, realice un procedimiento de fiscalización parcial.

(58) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

b) Por la presentación de una solicitud de devolución.

c) Por el reconocimiento expreso de la infracción.

d) Por el pago parcial de la deuda.

e) Por la solicitud de fraccionamiento u otras facilidades de pago.

4. El plazo de prescripción de la acción para solicitar o efectuar la compensación, así como para solicitar la devolución se interrumpe:

a) Por la presentación de la solicitud de devolución o de compensación.

b) Por la notificación del acto administrativo que reconoce la existencia y la cuantía de un pago en exceso o indebido u otro crédito.

c) Por la compensación automática o por cualquier acción de la Administración Tributaria dirigida a efectuar la compensación de oficio.

El nuevo término prescriptorio se computará desde el día siguiente al acaecimiento del acto interruptorio.

(55) Artículo sustituido por el Artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(59) Artículo 46.- SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

1. El plazo de prescripción de las acciones para determinar la obligación y aplicar sanciones se suspende:

a) Durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario.

b) Durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa, del proceso constitucional de amparo o de cualquier otro proceso judicial.

c) Durante el procedimiento de la solicitud de compensación o de devolución.

d) Durante el lapso que el deudor tributario tenga la condición de no habido.

e) Durante el plazo que establezca la SUNAT al amparo del presente Código Tributario, para que el deudor tributario rehaga sus libros y registros.

(60) f) Durante la suspensión del plazo a que se refiere el inciso b) del tercer párrafo del artículo 61 y el artículo 62-A.

(60) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

2. El plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la obligación tributaria se suspende:

a) Durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario.

b) Durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa, del proceso constitucional de amparo o de cualquier otro proceso judicial.

c) Durante el lapso que el deudor tributario tenga la condición de no habido.

d) Durante el plazo en que se encuentre vigente el aplazamiento y/o fraccionamiento de la deuda tributaria.

e) Durante el lapso en que la Administración Tributaria esté impedida de efectuar la cobranza de la deuda tributaria por una norma legal.

3. El plazo de prescripción de la acción para solicitar o efectuar la compensación, así como para solicitar la devolución se suspende:

a) Durante el procedimiento de la solicitud de compensación o de devolución.

b) Durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario.

c) Durante la tramitación de la demanda contencioso-administrativa, del proceso constitucional de amparo o de cualquier otro proceso judicial.

d) Durante la suspensión del plazo para el procedimiento de fiscalización a que se refiere el Artículo 62-A.

Para efectos de lo establecido en el presente artículo la suspensión que opera durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario o de la demanda contencioso administrativa, en tanto se dé dentro del plazo de prescripción, no es afectada por la declaración de nulidad de los actos administrativos o del procedimiento llevado a cabo para la emisión de los mismos. (*)

(*) Penúltimo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Para efectos de lo establecido en el presente artículo, la suspensión que opera durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario o de la demanda contencioso administrativa, en tanto se dé dentro del plazo de prescripción, no es afectada por la declaración de nulidad de los actos administrativos o del procedimiento llevado a cabo para la emisión de los mismos. En el caso de la reclamación o la apelación, la suspensión opera sólo por los plazos establecidos en el presente Código Tributario para resolver dichos recursos, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción a partir del día siguiente del vencimiento del plazo para resolver respectivo."

(61) Cuando los supuestos de suspensión del plazo de prescripción a que se refiere el presente artículo estén relacionados con un procedimiento de fiscalización parcial que realice la SUNAT, la suspensión tiene efecto sobre el aspecto del tributo y período que hubiera sido materia de dicho procedimiento.

(61) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

(59) Artículo sustituido por el Artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, se dispone que la modificación del penúltimo párrafo del presente artículo se aplica respecto de las reclamaciones que se interpongan a partir de la vigencia del citado decreto legislativo y, de ser el caso, de las apelaciones contra las resoluciones que las resuelvan o las denegatorias fictas de dichas reclamaciones.

Artículo 47.- DECLARACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción sólo puede ser declarada a pedido del deudor tributario.

Artículo 48.- MOMENTO EN QUE SE PUEDE OPONER LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción puede oponerse en cualquier estado del procedimiento administrativo o judicial.

Artículo 49.- PAGO VOLUNTARIO DE LA OBLIGACIÓN PRESCRITA

El pago voluntario de la obligación prescrita no da derecho a solicitar la devolución de lo pagado.

LIBRO SEGUNDO

LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y LOS ADMINISTRADOS (*)

(*) Título modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

“LIBRO SEGUNDO LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, LOS ADMINISTRADOS Y LA ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA”

TÍTULO I

ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN

(62) Artículo 50.- COMPETENCIA DE LA SUNAT

La SUNAT es competente para la administración de tributos internos y de los derechos arancelarios.(*)

(62) Artículo sustituido por el Artículo 22 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 50.- COMPETENCIA DE LA SUNAT

La SUNAT es competente para la administración de tributos internos y de los derechos arancelarios, así como para la realización de las actuaciones y procedimientos que corresponda llevar a cabo a efecto de prestar y solicitar la asistencia administrativa mutua en materia tributaria.”

Artículo 51.- Artículo derogado por el Artículo 100 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 52.- COMPETENCIA DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Los Gobiernos Locales administrarán exclusivamente las contribuciones y tasas municipales, sean éstas últimas, derechos, licencias o arbitrios, y por excepción los impuestos que la Ley les asigne.

(63) Artículo 53.- ÓRGANOS RESOLUTORES

Son órganos de resolución en materia tributaria:

1. El Tribunal Fiscal.

2. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT.

3. Los Gobiernos Locales.

4. Otros que la ley señale.

(63) Artículo sustituido por el Artículo 23 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 54.- EXCLUSIVIDAD DE LAS FACULTADES DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Ninguna otra autoridad, organismo, ni institución, distinto a los señalados en los artículos precedentes, podrá ejercer las facultades conferidas a los órganos administradores de tributos, bajo responsabilidad.

TÍTULO II

FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

CAPÍTULO I

FACULTAD DE RECAUDACIÓN

(64) Artículo 55.- FACULTAD DE RECAUDACIÓN

Es función de la Administración Tributaria recaudar los tributos. A tal efecto, podrá contratar directamente los servicios de las entidades del sistema bancario y financiero, así como de otras entidades para recibir el pago de deudas correspondientes a tributos administrados por aquella. Los convenios podrán incluir la autorización para recibir y procesar declaraciones y otras comunicaciones dirigidas a la Administración.

"Tratándose de la SUNAT lo dispuesto en el párrafo anterior alcanza a la recaudación que se realiza en aplicación de la asistencia en el cobro a que se refiere el Título VIII del Libro Segundo, así como a la recaudación de las sanciones de multa por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 176 y 177 derivadas del incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la asistencia administrativa mutua en materia tributaria."(*)

(64) Artículo sustituido por el Artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Segundo párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

(65) Artículo 56.- MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS AL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

Excepcionalmente, cuando por el comportamiento del deudor tributario sea indispensable o, existan razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa, antes de iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva, la Administración a fin de asegurar el pago de la deuda tributaria, y de acuerdo a las normas del presente Código Tributario, podrá trabar medidas cautelares por la suma que baste para satisfacer dicha deuda, inclusive cuando ésta no sea exigible coactivamente. Para estos efectos, se entenderá que el deudor tributario tiene un comportamiento que amerita trabar una medida cautelar previa, cuando incurra en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Presentar declaraciones, comunicaciones o documentos falsos, falsificados o adulterados que reduzcan total o parcialmente la base imponible.

b) Ocultar total o parcialmente activos, bienes, ingresos, rentas, frutos o productos, pasivos, gastos o egresos; o consignar activos, bienes, pasivos, gastos o egresos, total o parcialmente falsos.

c) Realizar, ordenar o consentir la realización de actos fraudulentos en los libros o registros de contabilidad u otros libros y registros exigidos por ley, reglamento o Resolución de Superintendencia, estados contables, declaraciones juradas e información contenida en soportes magnéticos o de cualquier otra naturaleza en perjuicio del fisco, tales como: alteración, raspadura o tacha de anotaciones, asientos o constancias hechas en los libros, así como la inscripción o consignación de asientos, cuentas, nombres, cantidades o datos falsos.

d) Destruir u ocultar total o parcialmente los libros o registros de contabilidad u otros libros o registros exigidos por las normas tributarias u otros libros o registros exigidos por ley, reglamento o Resolución de Superintendencia o los documentos o información contenida en soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información, relacionados con la tributación.

e) No exhibir y/o no presentar los libros, registros y/o documentos que sustenten la contabilidad, y/o que se encuentren relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones

tributarias que hayan sido requeridos en forma expresa por la Administración Tributaria, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, dentro del plazo señalado por la Administración en el requerimiento en el cual se hubieran solicitado por primera vez.

Asimismo, no exhibir y/o no presentar, los documentos relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, en el caso de aquellos deudores tributarios no obligados a llevar contabilidad.

Para efectos de este inciso no se considerará aquel caso en el que la no exhibición y/o presentación de los libros, registros y/o documentos antes mencionados, se deba a causas no imputables al deudor tributario;

f) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado al vencimiento del plazo que para hacerlo fijen las leyes y reglamentos pertinentes;

g) Obtener exoneraciones tributarias, reintegros o devoluciones de tributos de cualquier naturaleza o cualquier otro beneficio tributario simulando la existencia de hechos que permitan gozar de tales beneficios;

h) Utilizar cualquier otro artificio, engaño, astucia, ardid u otro medio fraudulento, para dejar de pagar todo o parte de la deuda tributaria;

i) Pasar a la condición de no habido;

j) Haber demostrado una conducta de constante incumplimiento de compromisos de pago;

k) Ofertar o transferir sus activos, para dejar de pagar todo o parte de la deuda tributaria;

l) No estar inscrito ante la administración tributaria.

Las medidas señaladas serán sustentadas mediante la correspondiente Resolución de Determinación, Resolución de Multa, Orden de Pago o Resolución que desestima una reclamación, según corresponda; salvo en el supuesto a que se refiere el Artículo 58.

Si al momento de trabar una medida cautelar previa se afecta un bien de propiedad de terceros, los mismos podrán iniciar el procedimiento a que hace referencia el Artículo 120 del presente Código Tributario.

Las medidas cautelares trabadas antes del inicio del Procedimiento de Cobranza Coactiva, únicamente podrán ser ejecutadas luego de iniciado dicho procedimiento y vencido el plazo a que se refiere el primer párrafo del Artículo 117; siempre que se cumpla con las formalidades establecidas en el Título II del Libro Tercero de este Código.

Excepcionalmente, si los bienes embargados fueran perecederos y el deudor tributario, expresamente requerido por la SUNAT, no los sustituye por otros de igual valor u otorgue carta fianza bancaria o financiera en el plazo que la Administración Tributaria señale, ésta podrá rematarlos antes del inicio del Procedimiento de Cobranza Coactiva. El monto obtenido en dicho remate deberá ser depositado en una Institución Bancaria para garantizar el pago de la deuda dentro del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

Mediante Resolución de Superintendencia la SUNAT establecerá las condiciones para el otorgamiento de la carta fianza así como las demás normas para la aplicación de lo señalado en el párrafo anterior. (*)

(65) Artículo sustituido por el Artículo 24 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) De conformidad con el Literal a) de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, se extinguen las deudas pendientes de pago de los gastos incurridos para la adopción de las medidas cautelares previas trabadas al amparo de lo dispuesto en el presente Artículo.

(66) Artículo 57.- PLAZOS APLICABLES A LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS

(67)En relación a las medidas cautelares señaladas en el artículo anterior, deberá considerarse, además, lo siguiente:

1. Tratándose de deudas que no sean exigibles coactivamente:

La medida cautelar se mantendrá durante un (1) año, computado desde la fecha en que fue trabada. Si existiera resolución desestimando la reclamación del deudor tributario, dicha medida se mantendrá por dos (2) años adicionales. Vencido los plazos antes citados, sin necesidad de una declaración expresa, la medida cautelar caducará, estando obligada la Administración a ordenar su levantamiento. (*)

(67) Párrafo sustituido por el Artículo 13 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente: (*) RECTIFICADO POR FE DE ERRATAS

"1. Tratándose de deudas que no sean exigibles coactivamente:

La medida cautelar se mantendrá durante un (1) año, computado desde la fecha en que fue trabada y si existiera resolución desestimando la reclamación del deudor tributario, dicha medida se mantendrá por dos años adicionales. En los casos en que la medida cautelar se trabe en base a una resolución que desestima una reclamación, la medida cautelar tendrá el plazo de duración de un (1) año, pero se mantendrá por dos (2) años adicionales. Vencido los plazos antes citados, sin necesidad de una declaración expresa, la medida cautelar caducará, estando obligada la Administración Tributaria a ordenar su levantamiento, no pudiendo trabar nuevamente la medida cautelar, salvo que se trate de una deuda tributaria distinta."

Si el deudor tributario, obtuviera resolución favorable con anterioridad al vencimiento de los plazos señalados en el párrafo anterior, la Administración Tributaria levantará la medida cautelar, devolviendo los bienes afectados, de ser el caso.

En el caso que la deuda tributaria se torne exigible coactivamente de acuerdo a lo señalado en el Artículo 115 antes del vencimiento de los plazos máximos a que se refiere el primer párrafo del presente numeral, se iniciará el Procedimiento de Cobranza Coactiva convirtiéndose la medida cautelar a definitiva.

El deudor tributario podrá solicitar el levantamiento de la medida si otorga carta fianza bancaria o financiera que cubra el monto por el cual se trabó la medida, por un período de doce (12) meses, debiendo renovarse sucesivamente por dos períodos de doce (12) meses dentro del plazo que señale la Administración.

La carta fianza será ejecutada en el Procedimiento de Cobranza Coactiva que inicie la Administración Tributaria, o cuando el deudor tributario no cumpla con renovarla dentro del plazo señalado en el párrafo anterior. En este último caso, el producto de la ejecución será depositado en una Institución Bancaria para garantizar el pago de la deuda dentro del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

Excepcionalmente, la Administración Tributaria levantará la medida si el deudor tributario presenta alguna otra garantía que, a criterio de la Administración, sea suficiente para garantizar el monto por el cual se trabó la medida.

Las condiciones para el otorgamiento de las garantías a que se refiere el presente artículo así como el procedimiento para su presentación serán establecidas por la Administración Tributaria mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar.

2. Tratándose de deudas exigibles coactivamente:

La Resolución de Ejecución Coactiva, deberá notificarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles de trabadas las medidas cautelares. De mediar causa justificada este término podrá prorrogarse por veinte (20) días hábiles más. (*)

(66) Artículo sustituido por el Artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) De conformidad con el Literal a) de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, se extinguen las deudas pendientes de pago de los gastos incurridos para la adopción de las medidas cautelares previas trabadas al amparo de lo dispuesto en el presente Artículo.

(68) Artículo 58.- MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS A LA EMISIÓN DE LAS RESOLUCIONES U ÓRDENES DE PAGO

Excepcionalmente, cuando el proceso de fiscalización o verificación amerite la adopción de medidas cautelares, la Administración Tributaria, bajo responsabilidad, trabará las necesarias para garantizar la deuda tributaria, aún cuando no hubiese emitido la Resolución de Determinación, Resolución de Multa u Orden de Pago de la deuda tributaria.

Para tales efectos debe presentarse cualquiera de los supuestos establecidos en el primer párrafo del Artículo 56.

La medida cautelar podrá ser sustituida si el deudor tributario otorga carta fianza bancaria o financiera. Para este efecto, será de aplicación lo dispuesto en el numeral 1 del Artículo 57.

Adoptada la medida, la Administración Tributaria notificará las Resoluciones u Órdenes de Pago a que se refiere el párrafo anterior, en un plazo de treinta (30) días hábiles, prorrogables por quince (15) días hábiles cuando se hubiera realizado la inmovilización o la incautación a que se refieren los numerales 6 y 7 del Artículo 62.

En caso que no se notifique la Resolución de Determinación, Resolución de Multa u Orden de Pago de la deuda tributaria dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, caducará la medida cautelar.

Si se embargaran bienes perecederos que en el plazo de diez (10) días calendario siguientes a la fecha en que se trabaron las medidas cautelares puedan ser objeto de deterioro, descomposición, vencimiento, expiración o fenecimiento o bienes perecederos que por factores externos estén en riesgo de perderse, vencer, fenecer o expirar en el plazo señalado en el cuarto párrafo del presente artículo, éstos podrán rematarse. Para estos efectos será de aplicación lo señalado en el Artículo 56. (*)

(68) Artículo sustituido por el Artículo 26 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) De conformidad con el Literal a) de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, se extinguen las deudas pendientes de pago de los gastos incurridos para la adopción de las medidas cautelares previas trabadas al amparo de lo dispuesto en el presente Artículo.

CAPÍTULO II

FACULTADES DE DETERMINACIÓN Y FISCALIZACIÓN

Artículo 59.- DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Por el acto de la determinación de la obligación tributaria:

a) El deudor tributario verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, señala la base imponible y la cuantía del tributo.

b) La Administración Tributaria verifica la realización del hecho generador de la obligación tributaria, identifica al deudor tributario, señala la base imponible y la cuantía del tributo.

Artículo 60.- INICIO DE LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

La determinación de la obligación tributaria se inicia:

1. Por acto o declaración del deudor tributario.

2. Por la Administración Tributaria; por propia iniciativa o denuncia de terceros.

Para tal efecto, cualquier persona puede denunciar a la Administración Tributaria la realización de un hecho generador de obligaciones tributarias.

(69) Artículo 61.- FISCALIZACIÓN O VERIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA EFECTUADA POR EL DEUDOR TRIBUTARIO

La determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario está sujeta a fiscalización o verificación por la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo la Resolución de Determinación, Orden de Pago o Resolución de Multa.

La fiscalización que realice la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT podrá ser definitiva o parcial. La fiscalización será parcial cuando se revise parte, uno o algunos de los elementos de la obligación tributaria.

En el procedimiento de fiscalización parcial se deberá:

a) Comunicar al deudor tributario, al inicio del procedimiento, el carácter parcial de la fiscalización y los aspectos que serán materia de revisión.

b) Aplicar lo dispuesto en el artículo 62-A considerando un plazo de seis (6) meses, con excepción de las prórrogas a que se refiere el numeral 2 del citado artículo.

Iniciado el procedimiento de fiscalización parcial, la SUNAT podrá ampliarlo a otros aspectos que no fueron materia de la comunicación inicial a que se refiere el inciso a) del párrafo anterior, previa comunicación al contribuyente, no alterándose el plazo de seis (6) meses, salvo

que se realice una fiscalización definitiva. En este último supuesto se aplicará el plazo de un (1) año establecido en el numeral 1 del artículo 62-A, el cual será computado desde la fecha en que el deudor tributario entregue la totalidad de la información y/o documentación que le fuera solicitada en el primer requerimiento referido a la fiscalización definitiva.

"Cuando del análisis de la información proveniente de las declaraciones del propio deudor o de terceros o de los libros, registros o documentos que la SUNAT almacene, archive y conserve en sus sistemas, se compruebe que parte, uno o algunos de los elementos de la obligación tributaria no ha sido correctamente declarado por el deudor tributario, la SUNAT podrá realizar un procedimiento de fiscalización parcial electrónica de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62-B". (*)

"En tanto no se notifique la resolución de determinación y/o de multa, o resolución que resuelve una solicitud no contenciosa de devolución, contra las actuaciones en el procedimiento de fiscalización o verificación, procede interponer la queja prevista en el artículo 155."(**)

(*) Último párrafo incorporado por el Artículo 6 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014.

(**) Último párrafo incorporado por el Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016.

(69) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

CONCORDANCIAS: R.N° 303-2016-SUNAT (Aprueban disposiciones para la presentación de observaciones a la liquidación preliminar y del sustento de dichas observaciones en el Procedimiento de Fiscalización Parcial Electrónica de Tributos Internos)

(70) Artículo 62.- FACULTAD DE FISCALIZACIÓN

La facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce en forma discrecional, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo de la Norma IV del Título Preliminar.

El ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios. Para tal efecto, dispone de las siguientes facultades discrecionales:

1. Exigir a los deudores tributarios la exhibición y/o presentación de:

a) Sus libros, registros y/o documentos que sustenten la contabilidad y/o que se encuentren relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, los mismos que deberán ser llevados de acuerdo con las normas correspondientes.

b) Su documentación relacionada con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias en el supuesto de deudores tributarios que de acuerdo a las normas legales no se encuentren obligados a llevar contabilidad.

c) Sus documentos y correspondencia comercial relacionada con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias.

Sólo en el caso que, por razones debidamente justificadas, el deudor tributario requiera un término para dicha exhibición y/o presentación, la Administración Tributaria deberá otorgarle un plazo no menor de dos (2) días hábiles.

También podrá exigir la presentación de informes y análisis relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias en la forma y condiciones requeridas, para lo cual la Administración Tributaria deberá otorgar un plazo que no podrá ser menor de tres (3) días hábiles.

2. En los casos que los deudores tributarios o terceros registren sus operaciones contables mediante sistemas de procesamiento electrónico de datos o sistemas de microarchivos, la Administración Tributaria podrá exigir:

a) Copia de la totalidad o parte de los soportes portadores de microformas gravadas o de los soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible, debiendo suministrar a la Administración Tributaria los instrumentos materiales a este efecto, los que les serán restituidos a la conclusión de la fiscalización o verificación.

En caso el deudor tributario no cuente con los elementos necesarios para proporcionar la copia antes mencionada la Administración Tributaria, previa autorización del sujeto fiscalizado, podrá hacer uso de los equipos informáticos, programas y utilitarios que estime convenientes para dicho fin.

b) Información o documentación relacionada con el equipamiento informático incluyendo programas fuente, diseño y programación utilizados y de las aplicaciones implantadas, ya sea que el procesamiento se desarrolle en equipos propios o alquilados o, que el servicio sea prestado por un tercero.

c) El uso de equipo técnico de recuperación visual de microformas y de equipamiento de computación para la realización de tareas de auditoría tributaria, cuando se hallaren bajo fiscalización o verificación.

La Administración Tributaria podrá establecer las características que deberán reunir los registros de información básica almacenable en los archivos magnéticos u otros medios de almacenamiento de información. Asimismo, señalará los datos que obligatoriamente deberán registrarse, la información inicial por parte de los deudores tributarios y terceros, así como la forma y plazos en que deberán cumplirse las obligaciones dispuestas en este numeral.

3. Requerir a terceros informaciones y exhibición y/o presentación de sus libros, registros, documentos, emisión y uso de tarjetas de crédito o afines y correspondencia comercial relacionada con hechos que determinen tributación, en la forma y condiciones solicitadas, para lo

cual la Administración Tributaria deberá otorgar un plazo que no podrá ser menor de tres (3) días hábiles.

Esta facultad incluye la de requerir la información destinada a identificar a los clientes o consumidores del tercero.

4. Solicitar la comparecencia de los deudores tributarios o terceros para que proporcionen la información que se estime necesaria, otorgando un plazo no menor de cinco (5) días hábiles, más el término de la distancia de ser el caso. Las manifestaciones obtenidas en virtud de la citada facultad deberán ser valoradas por los órganos competentes en los procedimientos tributarios.

La citación deberá contener como datos mínimos, el objeto y asunto de ésta, la identificación del deudor tributario o tercero, la fecha y hora en que deberá concurrir a las oficinas de la Administración Tributaria, la dirección de esta última y el fundamento y/o disposición legal respectivos.

5. Efectuar tomas de inventario de bienes o controlar su ejecución, efectuar la comprobación física, su valuación y registro; así como practicar arqueos de caja, valores y documentos, y control de ingresos.

Las actuaciones indicadas serán ejecutadas en forma inmediata con ocasión de la intervención.

6. Cuando la Administración Tributaria presuma la existencia de evasión tributaria, podrá inmovilizar los libros, archivos, documentos, registros en general y bienes, de cualquier naturaleza, por un período no mayor de cinco (5) días hábiles, prorrogables por otro igual.

Tratándose de la SUNAT, el plazo de inmovilización será de diez (10) días hábiles, prorrogables por un plazo igual. Mediante Resolución de Superintendencia la prórroga podrá otorgarse por un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles.

La Administración Tributaria dispondrá lo necesario para la custodia de aquello que haya sido inmovilizado.

7. Cuando la Administración Tributaria presuma la existencia de evasión tributaria, podrá practicar incautaciones de libros, archivos, documentos, registros en general y bienes, de cualquier naturaleza, incluidos programas informáticos y archivos en soporte magnético o similares, que guarden relación con la realización de hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, por un plazo que no podrá exceder de cuarenta y cinco (45) días hábiles, prorrogables por quince (15) días hábiles.

La Administración Tributaria procederá a la incautación previa autorización judicial. Para tal efecto, la solicitud de la Administración será motivada y deberá ser resuelta por cualquier Juez Especializado en lo Penal, en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte.

La Administración Tributaria a solicitud del administrado deberá proporcionar copias simples, autenticadas por Fedatario, de la documentación incautada que éste indique, en tanto ésta no haya sido puesta a disposición del Ministerio Público. Asimismo, la Administración Tributaria dispondrá lo necesario para la custodia de aquello que haya sido incautado.

Al término de los cuarenta y cinco (45) días hábiles o al vencimiento de la prórroga, se procederá a la devolución de lo incautado con excepción de aquella documentación que hubiera sido incluida en la denuncia formulada dentro de los mismos plazos antes mencionados.

Tratándose de bienes, al término del plazo o al vencimiento de la prórroga a que se refiere el párrafo anterior, la Administración Tributaria comunicará al deudor tributario a fin que proceda a recogerlos en el plazo de diez (10) dias hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la comunicación antes mencionada, bajo apercibimiento de que los bienes incautados caigan en abandono. Transcurrido el mencionado plazo, el abandono se producirá sin el requisito previo de emisión de resolución administrativa alguna. Será de aplicación, en lo pertinente, las reglas referidas al abandono contenidas en el Artículo 184.

En el caso de libros, archivos, documentos, registros en general y soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información, si el interesado no se apersona para efectuar el

retiro respectivo, la Administración Tributaria conservará la documentación durante el plazo de prescripción de los tributos. Transcurrido éste podrá proceder a la destrucción de dichos documentos. (*)

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"En el caso de libros, archivos, documentos, registros en general y soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información, si el interesado no se apersona para efectuar el retiro respectivo, la Administración Tributaria conservará la documentación solicitada cinco (5) años o durante el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor. Transcurrido el citado plazo podrá proceder a la destrucción de dichos documentos."

8. Practicar inspecciones en los locales ocupados, bajo cualquier título, por los deudores tributarios, así como en los medios de transporte.

Para realizar las inspecciones cuando los locales estuvieren cerrados o cuando se trate de domicilios particulares, será necesario solicitar autorización judicial, la que debe ser resuelta en forma inmediata y otorgándose el plazo necesario para su cumplimiento sin correr traslado a la otra parte.

La actuación indicada será ejecutada en forma inmediata con ocasión de la intervención.

En el acto de inspección la Administración Tributaria podrá tomar declaraciones al deudor tributario, a su representante o a los terceros que se encuentren en los locales o medios de transporte inspeccionados.

9. Requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, que será prestado de inmediato bajo responsabilidad.

10. Solicitar información a las Empresas del Sistema Financiero sobre:

a) Operaciones pasivas con sus clientes, en el caso de aquellos deudores tributarios sujetos a fiscalización, incluidos los sujetos con los que éstos guarden relación y que se encuentren vinculados a los hechos investigados. La información sobre dichas operaciones deberá ser requerida por el Juez a solicitud de la Administración Tributaria. La solicitud deberá ser motivada y resuelta en el término de setenta y dos (72) horas, bajo responsabilidad. Dicha información será proporcionada en la forma y condiciones que señale la Administración Tributaria, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución judicial, pudiéndose excepcionalmente prorrogar por un plazo igual cuando medie causa justificada, a criterio del juez.

b) Las demás operaciones con sus clientes, las mismas que deberán ser proporcionadas en la forma, plazo y condiciones que señale la Administración. (*)

(*) Numeral 10 modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"10. Solicitar información a las Empresas del Sistema Financiero sobre:

a) Operaciones pasivas con sus clientes, respecto de deudores tributarios sujetos a un procedimiento de fiscalización de la Administración Tributaria, incluidos los sujetos con los que estos guarden relación y que se encuentren vinculados con los hechos investigados.

La información a que se refiere el párrafo anterior deberá ser requerida por el juez a solicitud de la Administración Tributaria. La solicitud deberá ser motivada y resuelta en el término de cuarentaiocho (48) horas, bajo responsabilidad. Dicha información será proporcionada en la forma y condiciones que señale la Administración Tributaria, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución judicial, pudiéndose excepcionalmente prorrogar por un plazo igual cuando medie causa justificada, a criterio del juez.

Tratándose de la información financiera que la SUNAT requiera para intercambiar información en cumplimiento de lo acordado en los convenios internacionales se proporcionará teniendo en cuenta lo previsto en la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y Orgánica

de la Superintendencia de Banca y Seguros, o norma que la sustituya, y podrá ser utilizada para el ejercicio de sus funciones.

b) Las demás operaciones con sus clientes, las mismas que deberán ser proporcionadas en la forma, plazo y condiciones que señale la Administración Tributaria.

La información a que se refiere el presente numeral también deberá ser proporcionada respecto de los beneficiarios finales."

11. Investigar los hechos que configuran infracciones tributarias, asegurando los medios de prueba e identificando al infractor.

12. Requerir a las entidades públicas o privadas para que informen o comprueben el cumplimiento de obligaciones tributarias de los sujetos sometidos al ámbito de su competencia o con los cuales realizan operaciones, bajo responsabilidad.

Las entidades a las que hace referencia el párrafo anterior, están obligadas a proporcionar la información requerida en la forma, plazos y condiciones que la SUNAT establezca.

La información obtenida por la Administración Tributaria no podrá ser divulgada a terceros, bajo responsabilidad del funcionario responsable.

13. Solicitar a terceros informaciones técnicas o peritajes.

14. Dictar las medidas para erradicar la evasión tributaria.

15. Evaluar las solicitudes presentadas y otorgar, en su caso, las autorizaciones respectivas en función a los antecedentes y/o al comportamiento tributario del deudor tributario.

(71) 16. La SUNAT podrá autorizar los libros de actas, los libros y registros contables u otros libros y registros exigidos por las leyes, reglamentos o Resolución de Superintendencia, vinculados a asuntos tributarios.

El procedimiento para su autorización será establecido por la SUNAT mediante Resolución de Superintendencia. A tal efecto, podrá delegarse en terceros la legalización de los libros y registros antes mencionados.

Asimismo, la SUNAT mediante Resolución de Superintendencia señalará los requisitos, formas, condiciones y demás aspectos en que deberán ser llevados los libros y registros mencionados en el primer párrafo, salvo en el caso del libro de actas, así como establecer los plazos máximos de atraso en los que deberán registrar sus operaciones.

(72) Tratándose de los libros y registros a que se refiere el primer párrafo del presente numeral, la Sunat establecerá los deudores tributarios obligados a llevarlos de manera electrónica o los que podrán llevarlos de esa manera.

(72) Párrafo sustituido por el Artículo 11 de la Ley Nº 29566, publicado el 28 de julio de 2010.

(73) En cualquiera de los dos casos señalados en el párrafo precedente, la Sunat, mediante resolución de superintendencia, señalará los requisitos, formas, plazos, condiciones y demás aspectos que deberán cumplirse para la autorización, almacenamiento, archivo y conservación, así como los plazos máximos de atraso de los mismos.

(73) Párrafo incorporado por el Artículo 11 de la Ley Nº 29566, publicado el 28 de julio de 2010.

(71) Numeral sustituido por el Artículo 14 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

17. Colocar sellos, carteles y letreros oficiales, precintos, cintas, señales y demás medios utilizados o distribuidos por la Administración Tributaria con motivo de la ejecución o aplicación de las sanciones o en el ejercicio de las funciones que le han sido establecidas por las normas legales, en la forma, plazos y condiciones que ésta establezca.

18. Exigir a los deudores tributarios que designen, en un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del primer requerimiento en el que se les solicite la sustentación de reparos hallados como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, hasta dos (2) representantes, con el fin de tener acceso a la información de los terceros independientes utilizados como comparables por la Administración Tributaria. El requerimiento deberá dejar expresa constancia de la aplicación de las normas de precios de transferencia.

Los deudores tributarios que sean personas naturales podrán tener acceso directo a la información a la que se refiere el párrafo anterior.

La información a que se refiere este inciso no comprende secretos industriales, diseños industriales, modelos de utilidad, patentes de invención y cualquier otro elemento de la propiedad industrial protegidos por la ley de la materia. Tampoco comprende información confidencial relacionada con procesos de producción y/o comercialización.

La Administración Tributaria, al facilitar el acceso a la información a que se refiere este numeral no podrá identificar la razón o denominación social ni el RUC, de ser el caso, que corresponde al tercero comparable.

La designación de los representantes o la comunicación de la persona natural que tendrá acceso directo a la información a que se refiere este numeral, deberá hacerse obligatoriamente por escrito ante la Administración Tributaria.

Los representantes o el deudor tributario que sea persona natural tendrán un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la fecha de presentación del escrito al que se refiere el párrafo anterior, para efectuar la revisión de la información.

Los representantes o el deudor tributario que sea persona natural no podrán sustraer o fotocopiar información alguna, debiéndose limitar a la toma de notas y apuntes.

19. Supervisar el cumplimiento de las obligaciones tributarias realizadas por los deudores tributarios en lugares públicos a través de grabaciones de video.

La información obtenida por la Administración Tributaria en el ejercicio de esta facultad no podrá ser divulgada a terceros, bajo responsabilidad.

(74) 20. La Sunat podrá utilizar para el cumplimiento de sus funciones la información contenida en los libros, registros y documentos de los deudores tributarios que almacene, archive y conserve.

(74) Numeral incorporado por el Artículo 12 de la Ley Nº 29566, publicado el 28 de julio de 2010.

Para conceder los plazos establecidos en este artículo, la Administración Tributaria tendrá en cuenta la oportunidad en que solicita la información o exhibición, y las características de las mismas.

Ninguna persona o entidad, pública o privada, puede negarse a suministrar a la Administración Tributaria la información que ésta solicite para determinar la situación económica o financiera de los deudores tributarios.

(70) Artículo sustituido por el Artículo 27 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

"Tratándose de la SUNAT, la facultad a que se refiere el presente artículo es de aplicación, adicionalmente, para realizar las actuaciones y procedimientos para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria, no pudiendo ninguna persona o entidad, pública o privada, negarse a suministrar la información que para dicho efecto solicite la SUNAT.”(*)

(*) Quinto párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

(*) De conformidad con el Artículo 4 del Decreto Supremo N° 401-2016-EF, publicado el 31 diciembre 2016, se dispone que la presentación de la declaración jurada mencionada en el numeral anterior, no restringe la facultad de fiscalización de la Administración Tributaria, prevista en el presente artículo.

(75) Artículo 62-A.- (76) PLAZO DE LA FISCALIZACIÓN DEFINITIVA

(76) Epígrafe modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

1. Plazo e inicio del cómputo: El procedimiento de fiscalización que lleve a cabo la Administración Tributaria debe efectuarse en un plazo de un (1) año, computado a partir de la fecha en que el deudor tributario entregue la totalidad de la información y/o documentación que fuera solicitada por la Administración Tributaria, en el primer requerimiento notificado en ejercicio de su facultad de fiscalización. De presentarse la información y/o documentación solicitada parcialmente no se tendrá por entregada hasta que se complete la misma.

2. Prórroga: Excepcionalmente dicho plazo podrá prorrogarse por uno adicional cuando:

a) Exista complejidad de la fiscalización, debido al elevado volumen de operaciones del deudor tributario, dispersión geográfica de sus actividades, complejidad del proceso productivo, entre otras circunstancias.

b) Exista ocultamiento de ingresos o ventas u otros hechos que determinen indicios de evasión fiscal.

c) Cuando el deudor tributario sea parte de un grupo empresarial o forme parte de un contrato de colaboración empresarial y otras formas asociativas.

3. Excepciones al plazo: El plazo señalado en el presente artículo no es aplicable en el caso de fiscalizaciones efectuadas por aplicación de las normas de precios de transferencia.

4. Efectos del plazo: Un vez transcurrido el plazo para el procedimiento de fiscalización a que se refiere el presente artículo no se podrá notificar al deudor tributario otro acto de la Administración Tributaria en el que se le requiera información y/o documentación adicional a la solicitada durante el plazo del referido procedimiento por el tributo y período materia del procedimiento, sin perjuicio de los demás actos o información que la Administración Tributaria pueda realizar o recibir de terceros o de la información que ésta pueda elaborar.

5. Vencimiento del plazo: El vencimiento del plazo establecido en el presente artículo tiene como efecto que la Administración Tributaria no podrá requerir al contribuyente mayor información de la solicitada en el plazo a que se refiere el presente artículo; sin perjuicio de que luego de transcurrido éste pueda notificar los actos a que se refiere el primer párrafo del artículo 75, dentro del plazo de prescripción para la determinación de la deuda.

6. Suspensión del plazo: El plazo se suspende:

a) Durante la tramitación de las pericias.

b) Durante el lapso que transcurra desde que la Administración Tributaria solicite información a autoridades de otros países hasta que dicha información se remita.

c) Durante el plazo en que por causas de fuerza mayor la Administración Tributaria interrumpa sus actividades.

d) Durante el lapso en que el deudor tributario incumpla con la entrega de la información solicitada por la Administración Tributaria.

e) Durante el plazo de las prórrogas solicitadas por el deudor tributario.

f) Durante el plazo de cualquier proceso judicial cuando lo que en él se resuelva resulta indispensable para la determinación de la obligación tributaria o la prosecución del procedimiento de fiscalización, o cuando ordena la suspensión de la fiscalización.

g) Durante el plazo en que otras entidades de la Administración Pública o privada no proporcionen la información vinculada al procedimiento de fiscalización que solicite la Administración Tributaria.

(75) Artículo incorporado por el Artículo 15 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

"Artículo 62-B.- FISCALIZACIÓN PARCIAL ELECTRÓNICA

El procedimiento de fiscalización parcial electrónica, a que se refiere el último párrafo del artículo 61 se realizará conforme a lo siguiente:

a) La SUNAT notificará al deudor tributario, de acuerdo a la forma prevista en el inciso b) del artículo 104, el inicio del procedimiento de fiscalización acompañado de una liquidación preliminar del tributo a regularizar y los intereses respectivos con el detalle del (los) reparo(s) que origina(n) la omisión y la información analizada que sustenta la propuesta de determinación.

b) El deudor tributario en un plazo de diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación del inicio de la fiscalización parcial electrónica, subsanará el (los) reparo(s) notificado(s) contenidos en la liquidación preliminar realizada por la SUNAT o sustentará sus observaciones a esta última y, de ser el caso, adjuntará la documentación en la forma y condiciones que la SUNAT establezca mediante la resolución de superintendencia a que se refiere el artículo 112-A.

c) La SUNAT, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha en que vence el plazo establecido en el párrafo anterior, notificará, de acuerdo a la forma prevista en el inciso b) del artículo 104, la resolución de determinación con la cual se culmina el procedimiento de fiscalización, y de ser el caso, la resolución de multa. La citada resolución de determinación contendrá una evaluación sobre los sustentos presentados por el deudor tributario, según corresponda.

En caso de que el deudor tributario no realice la subsanación correspondiente o no sustente sus observaciones en el plazo establecido, la SUNAT notificará, de acuerdo a la forma prevista en el inciso b) del artículo 104, la resolución de determinación con la cual culmina el procedimiento de fiscalización, y de ser el caso, la resolución de multa.

d) El procedimiento de fiscalización parcial que se realice electrónicamente de acuerdo al presente artículo deberá efectuarse en el plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día en que surte efectos la notificación del inicio del procedimiento de fiscalización. Al procedimiento de fiscalización parcial electrónica no se le aplicará las disposiciones del artículo 62-A". (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 6 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014.

Artículo 63.- DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA SOBRE BASE CIERTA Y PRESUNTA

Durante el período de prescripción, la Administración Tributaria podrá determinar la obligación tributaria considerando las bases siguientes:

1. Base cierta: tomando en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador de la obligación tributaria y la cuantía de la misma.

2. Base presunta: en mérito a los hechos y circunstancias que, por relación normal con el hecho generador de la obligación tributaria, permitan establecer la existencia y cuantía de la obligación.

(77) Artículo 64.- SUPUESTOS PARA APLICAR LA DETERMINACIÓN SOBRE BASE PRESUNTA

La Administración Tributaria podrá utilizar directamente los procedimientos de determinación sobre base presunta, cuando:

1. El deudor tributario no haya presentado las declaraciones, dentro del plazo en que la Administración se lo hubiere requerido.

2. La declaración presentada o la documentación sustentatoria o complementaria ofreciera dudas respecto a su veracidad o exactitud, o no incluya los requisitos y datos exigidos; o cuando existiere dudas sobre la determinación o cumplimiento que haya efectuado el deudor tributario.

3. El deudor tributario requerido en forma expresa por la Administración Tributaria a presentar y/o exhibir sus libros, registros y/o documentos que sustenten la contabilidad, y/o que se encuentren relacionados con hechos generadores de obligaciones tributarias, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, no lo haga dentro del plazo señalado por la Administración en el requerimiento en el cual se hubieran solicitado por primera vez.

Asimismo, cuando el deudor tributario no obligado a llevar contabilidad sea requerido en forma expresa a presentar y/o exhibir documentos relacionados con hechos generadores de obligaciones tributarias, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, no lo haga dentro del referido plazo.

4. El deudor tributario oculte activos, rentas, ingresos, bienes, pasivos, gastos o egresos o consigne pasivos, gastos o egresos falsos.

5. Se verifiquen discrepancias u omisiones entre el contenido de los comprobantes de pago y los libros y registros de contabilidad, del deudor tributario o de terceros.

6. Se detecte el no otorgamiento de los comprobantes de pago que correspondan por las ventas o ingresos realizados o cuando éstos sean otorgados sin los requisitos de Ley.

7. Se verifique la falta de inscripción del deudor tributario ante la Administración Tributaria.

8. El deudor tributario omita llevar los libros de contabilidad, otros libros o registros exigidos por las Leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT, o llevando los mismos, no se encuentren legalizados o se lleven con un atraso mayor al permitido por las normas legales. Dicha omisión o atraso incluye a los sistemas, programas, soportes portadores de microformas grabadas, soportes magnéticos y demás antecedentes computarizados de contabilidad que sustituyan a los referidos libros o registros.

9. No se exhiba libros y/o registros contables u otros libros o registros exigidos por las Leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT aduciendo la pérdida, destrucción por siniestro, asaltos y otros.

(78) 10. Se detecte la remisión o transporte de bienes sin el comprobante de pago, guía de remisión y/u otro documento previsto en las normas para sustentar la remisión o transporte, o con documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados comprobantes de pago o guías de remisión, u otro documento que carezca de validez.

(78) Numeral sustituido por el Artículo 28 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

11. El deudor tributario haya tenido la condición de no habido, en los períodos que se establezcan mediante decreto supremo.

12. Se detecte el transporte terrestre público nacional de pasajeros sin el correspondiente manifiesto de pasajeros señalado en las normas sobre la materia.

(79) 13. Se verifique que el deudor tributario que explota juegos de máquinas tragamonedas utiliza un número diferente de máquinas tragamonedas al autorizado; usa modalidades de juego, modelos de máquinas tragamonedas o programas de juego no autorizados

o no registrados; explota máquinas tragamonedas con características técnicas no autorizadas; utilice fichas o medios de juego no autorizados; así como cuando se verifique que la información declarada ante la autoridad competente difiere de la proporcionada a la Administración Tributaria o que no cumple con la implementación del sistema computarizado de interconexión en tiempo real dispuesto por las normas que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas.

Las autorizaciones a las que se hace referencia en el presente numeral, son aquéllas otorgadas por la autoridad competente conforme a lo dispuesto en las normas que regulan la actividad de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

(79) Numeral sustituido por el Artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(80) 14. El deudor tributario omitió declarar y/o registrar a uno o más trabajadores por los tributos vinculados a las contribuciones sociales o por renta de quinta categoría.

(80) Numeral sustituido por el Artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(81) 15. Las normas tributarias lo establezcan de manera expresa.

(81) Numeral incorporado por el Artículo 16 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Las presunciones a que se refiere el artículo 65 sólo admiten prueba en contrario respecto de la veracidad de los hechos contenidos en el presente artículo.

(77) Artículo sustituido por el Artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(82) Artículo 65.- PRESUNCIONES

La Administración Tributaria podrá practicar la determinación en base, entre otras, a las siguientes presunciones:

1. Presunción de ventas o ingresos por omisiones en el registro de ventas o libro de ingresos, o en su defecto, en las declaraciones juradas, cuando no se presente y/o no se exhiba dicho registro y/o libro.

2. Presunción de ventas o ingresos por omisiones en el registro de compras, o en su defecto, en las declaraciones juradas, cuando no se presente y/o no se exhiba dicho registro.

3. Presunción de ingresos omitidos por ventas, servicios u operaciones gravadas, por diferencia entre los montos registrados o declarados por el contribuyente y los estimados por la Administración Tributaria por control directo.

4. Presunción de ventas o compras omitidas por diferencia entre los bienes registrados y los inventarios.

5. Presunción de ventas o ingresos omitidos por patrimonio no declarado o no registrado.

6. Presunción de ventas o ingresos omitidos por diferencias en cuentas abiertas en Empresas del Sistema Financiero.

7. Presunción de ventas o ingresos omitidos cuando no exista relación entre los insumos utilizados, producción obtenida, inventarios, ventas y prestaciones de servicios.

8. Presunción de ventas o ingresos en caso de omisos.

9. Presunción de ventas o ingresos omitidos por la existencia de saldos negativos en el flujo de ingresos y egresos de efectivo y/o cuentas bancarias.

10. Presunción de Renta Neta y/o ventas omitidas mediante la aplicación de coeficientes económicos tributarios.

(83) 11. Presunción de ingresos omitidos y/o operaciones gravadas omitidas en la explotación de juegos de máquinas tragamonedas.

(83) Numeral sustituido por el Artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(84) 12. Presunción de remuneraciones por omisión de declarar y/o registrar a uno o más trabajadores.

(84) Numeral incorporado por el Artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(85) 13. Otras previstas por leyes especiales.

(85) Numeral incorporado por el Artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

La aplicación de las presunciones será considerada para efecto de los tributos que constituyen el Sistema Tributario Nacional y será susceptible de la aplicación de las multas establecidas en la Tabla de Infracciones Tributarias y Sanciones.

(82) Artículo sustituido por el Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(86) Artículo 65-A.- EFECTOS EN LA APLICACIÓN DE PRESUNCIONES

(87) La determinación sobre base presunta que se efectúe al amparo de la legislación tributaria tendrá los siguientes efectos, salvo en aquellos casos en los que el procedimiento de presunción contenga una forma de imputación de ventas, ingresos o remuneraciones presuntas que sea distinta:

(87) Encabezado sustituido por el Artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

a) Para efectos del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, las ventas o ingresos determinados incrementarán las ventas o ingresos declarados, registrados o comprobados en cada uno de los meses comprendidos en el requerimiento en forma proporcional a las ventas o ingresos declarados o registrados.

En caso que el deudor tributario no tenga ventas o ingresos declarados o registrados, la atribución será en forma proporcional a los meses comprendidos en el requerimiento.

En estos casos la omisión de ventas o ingresos no dará derecho a cómputo de crédito fiscal alguno.

(88) b) Tratándose de deudores tributarios que perciban exclusivamente renta de tercera categoría del Impuesto a la Renta, las ventas o ingresos determinados se considerarán como renta neta de tercera categoría del ejercicio a que corresponda. (*)

(*) Primer párrafo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1270, publicado el 20 diciembre 2016, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2017, cuyo texto es el siguiente:

"b) Tratándose de deudores tributarios que perciban exclusivamente renta de tercera categoría del Impuesto a la Renta, incluidos aquellos del Régimen MYPE Tributario, las ventas o ingresos determinados se considerarán como renta neta de tercera categoría del ejercicio a que corresponda."

No procederá la deducción del costo computable para efecto del Impuesto a la Renta. Excepcionalmente en el caso de la presunción a que se refieren los numerales 2. y 8. del artículo 65 se deducirá el costo de las compras no registradas o no declaradas, de ser el caso.

La determinación de las ventas o ingresos considerados como rentas presuntas de la tercera categoría del Impuesto a la Renta a la que se refiere este inciso, se considerarán ventas o ingresos omitidos para efectos del Impuesto General a las Ventas o Impuesto Selectivo al Consumo, de acuerdo a lo siguiente:

(i) Cuando el contribuyente realizara exclusivamente operaciones exoneradas y/o inafectas con el Impuesto General a las Ventas o Impuesto Selectivo al Consumo, no se computarán efectos en dichos impuestos.

(ii) Cuando el contribuyente realizara junto con operaciones gravadas operaciones exoneradas y/o inafectas con el Impuesto General a las Ventas o Impuesto Selectivo al Consumo, se presumirá que se han realizado operaciones gravadas.

(iii) Cuando el contribuyente realizara operaciones de exportación, se presumirá que se han realizado operaciones internas gravadas.

Tratándose de deudores tributarios que perciban rentas de primera y/o segunda y/o cuarta y/o quinta categoría y a su vez perciban rentas netas de fuente extranjera, los ingresos determinados formarán parte de la renta neta global.

Tratándose de deudores tributarios que perciban rentas de primera y/o segunda y/o cuarta y/o quinta categoría, y/o rentas de fuente extranjera, y a su vez, obtengan rentas de tercera categoría, las ventas o ingresos determinados se considerarán como renta neta de la

tercera categoría. Es de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso b) de este artículo, cuando corresponda.

Tratándose de deudores tributarios que explotan juegos de máquinas tragamonedas, para efectos del Impuesto a la Renta, los ingresos determinados se considerarán como renta neta de la tercera categoría.

(88) Inciso sustituido por el Artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

c) La aplicación de las presunciones no tiene efectos para la determinación de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de tercera categoría.

d) Para efectos del Régimen Especial del Impuesto a la Renta, las ventas o ingresos determinados incrementarán, para la determinación del Impuesto a la Renta, del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, cuando corresponda, las ventas o ingresos declarados, registrados o comprobados en cada uno de los meses comprendidos en el requerimiento en forma proporcional a las ventas o ingresos declarados o registrados.

En caso que el deudor tributario no tenga ventas o ingresos declarados, registrados o comprobados, la atribución será en forma proporcional a los meses comprendidos en el requerimiento.

Para efectos de la determinación señalada en el presente inciso será de aplicación, en lo que fuera pertinente, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso b) del presente artículo.

e) Para efectos del Nuevo Régimen Único Simplificado, se aplicarán las normas que regulan dicho régimen.

(89) f) Para el caso del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, los ingresos determinados sobre base presunta constituyen el Ingreso Neto Mensual.

(89) Inciso incorporado por el Artículo 18 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

En el caso de contribuyentes que, producto de la aplicación de las presunciones, deban incluirse en el Régimen General de conformidad a lo normado en el Impuesto a la Renta, se procederá de acuerdo a lo señalado en los incisos a) al e) del presente artículo.

(86) Artículo incorporado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(90) Artículo 66.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS POR OMISIONES EN EL REGISTRO DE VENTAS O LIBRO DE INGRESOS, O EN SU DEFECTO, EN LAS DECLARACIONES JURADAS, CUANDO NO SE PRESENTE Y/O NO SE EXHIBA DICHO REGISTRO Y/O LIBRO

Cuando en el registro de ventas o libro de ingresos, dentro de los doce (12) meses comprendidos en el requerimiento, se compruebe omisiones en no menos de cuatro (4) meses consecutivos o no consecutivos, que en total sean iguales o mayores al diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos en esos meses, se incrementará las ventas o ingresos registrados o declarados en los meses restantes, en el porcentaje de omisiones constatadas, sin perjuicio de acotar las omisiones halladas.

En aquellos casos que el deudor tributario no cumpla con presentar y/o exhibir el registro de ventas o libro de ingresos, el monto de las ventas o ingresos omitidos se determinará comparando el total de ventas o ingresos mensuales comprobados por la Administración a través de la información obtenida de terceros y el monto de las ventas o ingresos declarados por el deudor tributario en dichos meses. De la comparación antes descrita, deberá comprobarse omisiones en no menos de cuatro (4) meses consecutivos o no consecutivos que en total sean iguales o mayores a diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos declarados en esos meses, incrementándose las ventas e ingresos declarados en los meses restantes en el porcentaje de las omisiones constatadas, sin perjuicio de acotar las omisiones halladas.

También se podrá aplicar el procedimiento señalado en los párrafos anteriores a:

1) Los contribuyentes con menos de un año de haber iniciado sus operaciones, siempre que en los meses comprendidos en el requerimiento se constate omisiones en no menos de cuatro (4) meses consecutivos o no consecutivos que en total sean iguales o mayores al diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos de dichos meses.

2) Los contribuyentes que perciban rentas de la cuarta categoría del Impuesto a la Renta.

El porcentaje de omisiones comprobadas que se atribuye a los meses restantes de acuerdo a los párrafos anteriores, será calculado considerando solamente los cuatro (4) meses en los que se comprobaron las omisiones de mayor monto. Dicho porcentaje se aplicará al resto de meses en los que no se encontraron omisiones.

En ningún caso, en los meses en que se hallaron omisiones, podrán éstas ser inferiores al importe que resulte de aplicar el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior a las ventas o ingresos registrados o declarados, según corresponda.

(90) Artículo sustituido por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(91) Artículo 67.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS POR OMISIONES EN EL REGISTRO DE COMPRAS, O EN SU DEFECTO, EN LAS DECLARACIONES JURADAS, CUANDO NO SE PRESENTE Y/O NO SE EXHIBA DICHO REGISTRO.

(92) Cuando en el registro de compras o proveedores, dentro de los doce (12) meses comprendidos en el requerimiento se compruebe omisiones en no menos de cuatro (4) meses consecutivos o no consecutivos, se incrementarán las ventas o ingresos registrados o declarados en los meses comprendidos en el requerimiento, de acuerdo a lo siguiente:

(92) Encabezado sustituido por el Artículo 29 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(93) a) Cuando el total de las omisiones comprobadas sean iguales o mayores al diez por ciento (10%) de las compras de dichos meses, se incrementará las ventas o ingresos registrados o declarados en los meses comprendidos en el requerimiento en el porcentaje de las omisiones constatadas. El monto del incremento de las ventas en los meses en que se hallaron omisiones no podrá ser inferior al que resulte de aplicar a las compras omitidas el índice calculado en base al margen de utilidad bruta. Dicho margen será obtenido de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta del último ejercicio gravable que hubiere sido materia de presentación, o en base a los obtenidos de las Declaraciones Juradas Anuales del Impuesto a la Renta de otras empresas o negocios de giro y/o actividad similar, debiéndose tomar en todos los casos, el índice que resulte mayor.

(93) Párrafo sustituido por el Artículo 29 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Si el contribuyente no hubiera presentado ninguna Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta, el índice será obtenido en base a las Declaraciones Juradas Anuales del Impuesto a la Renta de otras empresas o negocios de giro y/o actividad similar.

El porcentaje de omisiones constatadas que se atribuye en los meses restantes de acuerdo al primer párrafo del presente inciso, será calculado considerando solamente los cuatro (4) meses en los que se comprobaron las omisiones de mayor monto. Dicho porcentaje se aplicará al resto de meses en los que se encontraron omisiones.

b) Cuando el total de las omisiones comprobadas sean menores al diez por ciento (10%) de las compras, el monto del incremento de las ventas o ingresos en los meses en que se hallaron omisiones no podrá ser inferior al que resulte de aplicar a las compras omitidas el índice calculado en base al margen de utilidad bruta. Dicho margen será obtenido de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta del último ejercicio gravable que hubiere sido materia de presentación, o en base a los obtenidos de las Declaraciones Juradas Anuales del Impuesto a la Renta de otras empresas o negocios de giro y/o actividad similar, debiéndose tomar en todos los casos, el índice que resulte mayor.

Si el contribuyente no hubiera presentado ninguna Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta, el índice será obtenido en base a las Declaraciones Juradas Anuales del Impuesto a la Renta de otras empresas o negocios de giro y/o actividad similar.

En aquellos casos en que el deudor tributario no cumpla con presentar y/o exhibir el Registro de Compras, el monto de compras omitidas se determinará comparando el monto de las compras mensuales declaradas por el deudor tributario y el total de compras mensuales comprobadas por la Administración a través de la información obtenida por terceros en dichos meses. El porcentaje de omisiones mencionado en los incisos a) y b) del presente artículo se obtendrá, en este caso, de la relación de las compras omitidas determinadas por la Administración tributaria por comprobación mediante el procedimiento antes citado, entre el monto de las compras declaradas en dichos meses.

También se podrá aplicar cualesquiera de los procedimientos descritos en los incisos anteriores, en el caso de contribuyentes con menos de un año de haber iniciado sus operaciones, siempre que en los meses comprendidos en el requerimiento se constate omisiones en no menos de cuatro (4) meses consecutivos o no consecutivos.

(91) Artículo sustituido por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(94) Artículo 67-A.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS EN CASO DE OMISOS

Cuando la Administración Tributaria compruebe, a través de la información obtenida de terceros o del propio deudor tributario, que habiendo realizado operaciones gravadas, el deudor tributario es omiso a la presentación de las declaraciones juradas por los periodos tributarios en que se realizaron dichas operaciones, o presenta dichas declaraciones pero consigna como base imponible de ventas, ingresos o compras afectos el monto de “cero”, o no consigna cifra alguna, se presumirá la existencia de ventas o ingresos gravados, cuando adicionalmente se constate que:

(i) El deudor tributario no se encuentra inscrito en los Registros de la Administración Tributaria; o,

(ii) El deudor tributario está inscrito en los Registros de la Administración Tributaria, pero no exhibe y/o no presenta su registro de ventas y/o compras.

Tratándose de ventas o ingresos omitidos, se imputarán como ventas o ingresos omitidos al resto de meses del ejercicio en que no se encontraron las omisiones, un importe equivalente al promedio que resulte de relacionar las ventas o ingresos que correspondan a los cuatro (4) meses de mayor omisión hallada entre cuatro (4) sin perjuicio de acotar las omisiones halladas. En ningún caso las omisiones halladas podrán ser inferiores al importe del promedio obtenido a que se refiere este párrafo.

Tratándose de compras omitidas, se imputarán como ventas o ingresos en los meses en los cuales se hallaron las omisiones, el monto que resulte de adicionar a las compras halladas el margen de utilidad bruta. Dicho margen se obtendrá de la comparación de la información que arroja la última declaración jurada anual del Impuesto a la Renta del último ejercicio gravable que hubiera sido materia de presentación del contribuyente o la obtenida de las Declaraciones Juradas Anuales del Impuesto a la Renta de otros negocios de giro y/o actividad similar del último ejercicio gravable vencido. Si el contribuyente fuera omiso a la presentación de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta, el monto que se adicionará será el porcentaje de utilidad bruta promedio obtenido de las declaraciones juradas anuales que corresponda a empresas o negocios de giro y/o actividad similar.

En ningún caso las ventas omitidas podrán ser inferiores al importe del promedio que resulte de relacionar las ventas determinadas que correspondan a los cuatro (4) meses de mayor omisión hallada entre cuatro (4).

(94) Artículo incorporado por el Artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(95) Artículo 68.- PRESUNCIÓN DE INGRESOS OMITIDOS POR VENTAS, SERVICIOS U OPERACIONES GRAVADAS, POR DIFERENCIA ENTRE LOS MONTOS REGISTRADOS O DECLARADOS POR EL CONTRIBUYENTE Y LOS ESTIMADOS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA POR CONTROL DIRECTO

El resultado de promediar el total de ingresos por ventas, prestación de servicios u operaciones de cualquier naturaleza controlados por la Administración Tributaria, en no menos de cinco (5) días comerciales continuos o alternados de un mismo mes, multiplicado por el total de días comerciales del mismo, representará el ingreso total por ventas, servicios u operaciones presuntas de ese mes.

Entiéndase por día comercial a aquel horario de actividades que mantiene la persona o empresa para realizar las actividades propias de su negocio o giro aún cuando la misma comprenda uno o más días naturales.

La Administración no podrá señalar como días alternados, el mismo día en cada semana durante un mes.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en el caso de contribuyentes que desarrollen sus actividades en menos de cinco (5) días a la semana, quedando facultada la Administración Tributaria a señalar los días a controlar entre los días que el contribuyente desarrolle sus actividades.

Si el mencionado control se efectuara en no menos de cuatro (4) meses alternados de un mismo año gravable, el promedio mensual de ingresos por ventas, servicios u operaciones se considerará suficientemente representativo y podrá aplicarse a los demás meses no controlados del mismo año.

Tratándose de un deudor tributario respecto del cual se detecte su no inscripción ante la Administración Tributaria, el procedimiento señalado en el párrafo anterior podrá aplicarse mediante el control en no menos de dos (2) meses alternados de un mismo año gravable.

Cuando se verifique que el contribuyente tiene ingresos por operaciones gravadas y/o exoneradas y/o inafectas se deberá discriminar los ingresos determinados por tales conceptos a fin de establecer la proporcionalidad que servirá de base para estimar los ingresos gravados.

Al proyectar los ingresos anuales deberá considerarse la estacionalidad de los mismos.

(95) Artículo sustituido por el Artículo 7 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(96) Artículo 69.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O COMPRAS OMITIDAS POR DIFERENCIA ENTRE LOS BIENES REGISTRADOS Y LOS INVENTARIOS

Las presunciones por diferencias de inventarios se determinarán utilizando cualquiera de los siguientes procedimientos:

69.1. Inventario Físico

La diferencia entre la existencia de bienes que aparezcan en los libros y registros y la que resulte de los inventarios comprobados y valuados por la Administración, representa, en el caso de faltantes de inventario, bienes transferidos cuyas ventas han sido omitidas de registrar en el año inmediato anterior a la toma de inventario; y en el de sobrantes de inventario, bienes cuyas compras y ventas han sido omitidas de registrar en el año inmediato anterior a la toma de inventario.

La diferencia de inventario a que se refiere el párrafo anterior se establecerá en relación al saldo inicial al primero de enero del ejercicio en el que se realiza la toma de inventario.

El monto de las ventas omitidas, en el caso de faltantes, se determinará multiplicando el número de unidades faltantes por el valor de venta promedio del año inmediato anterior. Para determinar el valor de venta promedio del año inmediato anterior, se tomará en cuenta el valor de venta unitario del último comprobante de pago emitido en cada mes o, en su defecto, el último comprobante de pago que corresponda a dicho mes que haya sido materia de exhibición y/o presentación.

En caso exista más de una serie autorizada de comprobantes de pago se tomará en cuenta lo siguiente:

i) Determinar la fecha en que se emitió el último comprobante de pago en el mes.

ii) Determinar cuales son las series autorizadas por las que se emitieron comprobantes de pago en dicha fecha.

iii) Se tomará en cuenta el último comprobante de pago que corresponda a la última serie autorizada en la fecha establecida en el inciso i).

El monto de ventas omitidas, en el caso de sobrantes, se determinará aplicando un coeficiente al costo del sobrante determinado. El monto de las ventas omitidas no podrá ser inferior al costo del sobrante determinado conforme a lo dispuesto en la presente presunción.

Para determinar el costo del sobrante se multiplicará las unidades sobrantes por el valor de compra promedio del año inmediato anterior.

Para determinar el valor de compra promedio del año inmediato anterior se tomará en cuenta el valor de compra unitario del último comprobante de pago de compra obtenido en cada mes o, en su defecto, el último comprobante de pago de compra que corresponda a dicho mes que haya sido materia de exhibición y/o presentación. Cuando se trate de bienes que no cuenten con comprobantes de compras del ejercicio en mención, se tomará el último comprobante de pago por la adquisición de dicho bien, o en su defecto, se aplicará el valor de mercado del referido bien.

El coeficiente se calculará conforme a lo siguiente:

a) En los casos en que el contribuyente se encuentre obligado a llevar un sistema de contabilidad de costos, conforme a lo señalado en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, el coeficiente resultará de dividir las ventas declaradas o registradas correspondientes al año inmediato anterior a la toma de inventario entre el promedio de los inventarios valorizados mensuales del citado año.

b) En los demás casos, inclusive en aquéllos en que encontrándose obligado el contribuyente a llevar contabilidad de costos no cumple con dicha obligación o llevándola se encuentra atrasada a la fecha de toma de inventario, el coeficiente resultará de dividir las ventas declaradas o registradas entre el valor de las existencias finales del año, obtenidas de los libros y registros contables del año inmediato anterior a la toma de inventario o, en su defecto, las obtenidas de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta del último ejercicio gravable vencido.

En el caso de diferencias de inventarios de líneas de comercialización nuevas, iniciadas en el año en que se efectúa la comprobación, se considerarán las diferencias como ventas omitidas en el período comprendido entre la fecha del ingreso de la primera existencia y el mes anterior al de la comprobación por la Administración. Para determinar las ventas omitidas se seguirá el procedimiento de los faltantes o sobrantes, según corresponda, empleando en estos casos valores de venta que correspondan a los meses del período en que se efectúa la comprobación. En el caso de sobrantes, el coeficiente resultará de dividir las ventas declaradas o registradas de dicho período entre el valor de las existencias determinadas por el contribuyente, o en su defecto, por la Administración Tributaria, a la fecha de la toma de inventario, mientras que para determinar el costo del sobrante se tomará en cuenta el valor de compra unitario del último comprobante de pago de compra obtenido por el contribuyente a la fecha de la toma de inventario.

69.2. Inventario por Valorización

En el caso que por causa imputable al deudor tributario, no se pueda determinar la diferencia de inventarios, de conformidad con el procedimiento establecido en el inciso anterior, la Administración Tributaria estará facultada a determinar dicha diferencia en forma valorizada tomando para ello los valores del propio contribuyente, según el siguiente procedimiento:

a) Al valor del inventario comprobado y valuado por la Administración, se le adicionará el costo de los bienes vendidos y se le deducirá el valor de las compras efectuadas en el período comprendido entre la fecha de toma del inventario físico realizado por la Administración y el primero de enero del ejercicio en que se realiza la toma de inventario.

Para efectuar la valuación de los bienes se tomará en cuenta el valor de adquisición del último comprobante de pago de compra del ejercicio anterior a la toma de inventario o, en su defecto, el que haya sido materia de exhibición y/o presentación de dicho ejercicio. Sólo se tomará el valor de compra promedio en el caso que existiera más de un comprobante de pago de la misma fecha por sus últimas compras correspondiente al ejercicio anterior a la toma del inventario.

Tratándose de bienes de nuevas líneas de comercialización implementadas en el ejercicio de la toma de inventario se tomará el primer comprobante de pago de compra de dichos bienes, o en su defecto, el que haya sido materia de presentación y/o exhibición de dicho ejercicio. Sólo se tomará el valor de compra promedio en el caso que existiera más de un comprobante de pago de

la misma fecha por sus últimas compras correspondiente al ejercicio anterior a la toma del inventario.

Para determinar el costo de los bienes vendidos, se deducirá del valor de venta el margen de utilidad bruta que figure en la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta del ejercicio anterior a aquél en el cual se realice la toma de inventario por parte de la Administración, o en su defecto, de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta del último ejercicio gravable vencido. De no contar con esta información se tomará el margen de utilidad bruta de empresas similares.

b) El valor determinado en el inciso anterior representa el inventario determinado por la Administración, el cual comparado con el valor del inventario que se encuentre registrado en los libros y registros del deudor tributario, determinará la existencia de diferencias de inventario por valorización.

La diferencia de inventario a que se refiere el párrafo anterior se establecerá en relación al saldo inicial al primero de enero del ejercicio en el que se realiza la toma de inventario.

c) A efectos de determinar el monto de ventas o ingresos omitidos se adicionará al valor de la diferencia de inventario, el margen de utilidad bruta a que se refiere el cuarto párrafo del inciso a) del presente numeral.

d) Cuando la Administración determine diferencias de inventarios por valorización presumirá la existencia de ventas que han sido omitidas, en cuyo caso serán atribuidas al año inmediato anterior a la toma de inventario.

69.3. Inventario Documentario

Cuando la Administración determine diferencias de inventario que resulten de las verificaciones efectuadas con sus libros y registros contables y documentación respectiva, se presumirán ventas omitidas, en cuyo caso serán atribuidas al período requerido en que se encuentran tales diferencias.

La diferencia de inventario a que se refiere el párrafo anterior se establecerá al 31 de diciembre del periodo en el que se encuentren las diferencias.

Las ventas omitidas se determinarán multiplicando el número de unidades que constituyen la diferencia hallada por el valor de venta promedio del período requerido. Para determinar el valor de venta promedio del período requerido se tomará en cuenta el valor de venta unitario del último comprobante de pago emitido en cada mes o, en su defecto, el último comprobante de pago que corresponda a dicho mes que haya sido materia de exhibición y/o presentación.

En caso exista más de una serie autorizada de comprobantes de pago se tomará en cuenta lo siguiente:

i) Determinar la fecha en que se emitió el último comprobante de pago en el mes.

ii) Determinar cuáles son las series autorizadas por las que se emitieron comprobantes de pago en dicha fecha.

iii) Se tomará en cuenta el último comprobante de pago que corresponda a la última serie autorizada en la fecha establecida en el inciso i).

Resultan aplicables para los tres tipos de inventarios antes descritos las siguientes disposiciones:

a) En caso de diferencias de inventario, faltantes o sobrantes de bienes cuya venta esté exonerada del Impuesto General a las Ventas, el procedimiento será aplicable para efecto del Impuesto a la Renta.

b) La Administración Tributaria asumirá una cantidad o un valor de cero, cuando no presente el libro de inventarios y balances o cuando en dicho libro, que contenga los inventarios

iniciales al primero de enero o finales al 31 de diciembre, que sirven para hallar las diferencias de inventarios a que se refieren los incisos anteriores, no se encuentre registrada cifra alguna.

c) Los valores de venta y/o compra de los comprobantes de pago que se utilicen para la valorización de las diferencias de inventarios a que se refieren los incisos anteriores, estarán ajustados en todos los casos a las reglas de valor de mercado previstas en la Ley del Impuesto a la Renta.

(96) Artículo sustituido por el Artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(97) Artículo 70.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS OMITIDOS POR PATRIMONIO NO DECLARADO O NO REGISTRADO

Cuando el patrimonio real del deudor tributario generador de rentas de tercera categoría fuera superior al declarado o registrado, se presumirá que la diferencia patrimonial hallada proviene de ventas o ingresos gravados del ejercicio, derivados de ventas o ingresos omitidos no declarados.

El monto de las ventas o ingresos omitidos resultará de aplicar sobre la diferencia patrimonial hallada, el coeficiente que resultará de dividir el monto de las ventas declaradas o registradas entre el valor de las existencias declaradas o registradas al final del ejercicio en que se detecte la omisión. Las ventas o ingresos omitidos determinados se imputarán al ejercicio gravable en el que se encuentre la diferencia patrimonial. El monto de las ventas o ingresos omitidos no podrán ser inferiores al monto del patrimonio no declarado o registrado determinado conforme lo señalado en la presente presunción.

De tratarse de deudores tributarios que, por la naturaleza de sus operaciones, no contaran con existencias, el coeficiente a que se refiere el párrafo anterior se determinará considerando el valor del patrimonio neto de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta que corresponda al ejercicio fiscal materia de revisión, o en su defecto, el obtenido de las Declaraciones Juradas Anuales del Impuesto a la Renta de otros negocios de giro y/o actividad similar.

(97) Artículo sustituido por el Artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(98) Artículo 71.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS OMITIDOS POR DIFERENCIAS EN CUENTAS ABIERTAS EN EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO

Cuando se establezca diferencia entre los depósitos en cuentas abiertas en Empresas del Sistema Financiero operadas por el deudor tributario y/o terceros vinculados y los depósitos debidamente sustentados, la Administración podrá presumir ventas o ingresos omitidos por el monto de la diferencia.

También será de aplicación la presunción, cuando estando el deudor tributario obligado o requerido por la Administración, a declarar o registrar las referidas cuentas no lo hubiera hecho.

Para efectos del presente artículo se entiende por Empresas del Sistema Financiero a las Empresas de Operaciones Múltiples a que se refiere el literal a) del artículo 16 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley Nº 26702 y normas modificatorias.

(98) Artículo sustituido por el Artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(99) Artículo 72.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS OMITIDOS CUANDO NO EXISTA RELACIÓN ENTRE LOS INSUMOS UTILIZADOS, PRODUCCIÓN OBTENIDA, INVENTARIOS, VENTAS Y PRESTACIONES DE SERVICIOS

A fin de determinar las ventas o ingresos omitidos, la Administración Tributaria considerará las adquisiciones de materias primas y auxiliares, envases y embalajes, suministros diversos, entre otros, utilizados en la elaboración de los productos terminados o en la prestación de los servicios que realice el deudor tributario.

Cuando la Administración Tributaria determine diferencias como resultado de la comparación de las unidades producidas o prestaciones registradas por el deudor tributario con las unidades producidas o prestaciones determinadas por la Administración, se presumirá la

existencia de ventas o ingresos omitidos del período requerido en que se encuentran tales diferencias.

Las ventas o ingresos omitidos se determinarán multiplicando el número de unidades o prestaciones que constituyen la diferencia por el valor de venta promedio del período requerido. Para determinar el valor de venta promedio del período requerido se tomará en cuenta el valor de venta unitario del último comprobante de pago emitido en cada mes o en su defecto el último comprobante de pago que corresponda a dicho mes que haya sido materia de exhibición y/o presentación.

En caso exista más de una serie autorizada de comprobantes de pago se tomará en cuenta lo siguiente:

i) Determinar la fecha en que se emitió el último comprobante de pago en el mes.

ii) Determinar cuáles son las series autorizadas por las que se emitieron comprobantes de pago en dicha fecha.

iii) Se tomará en cuenta el último comprobante de pago que corresponda a la última serie autorizada en la fecha establecida en el inciso i).

A fin de determinar las unidades producidas o servicios que se prestan, la Administración Tributaria podrá solicitar informes técnicos, fichas técnicas y análisis detallados sobre los insumos utilizados y sobre el procedimiento de transformación del propio deudor tributario los que servirán para hallar los coeficientes de producción.

En los casos que por causas imputables al deudor tributario no se pueda determinar los coeficientes de producción, o la información proporcionada no fuere suficiente, la Administración Tributaria podrá elaborar sus propios índices, porcentajes o coeficientes necesarios para determinar la producción de bienes o prestación de servicios, pudiendo recurrir a informes técnicos de entidades competentes o de peritos profesionales.

Asimismo, la Administración Tributaria para la aplicación de esta presunción podrá utilizar una de las materias primas o envases o embalajes o suministros diversos u otro insumo utilizado en la elaboración de los productos terminados o de los servicios prestados, en la medida que dicho insumo permita identificar el producto producido o el servicio prestado por el deudor tributario o que dicho insumo sea necesario para concluir el producto terminado o para prestar el servicio.

Para efectos de este procedimiento resultará aplicable la metodología y reglas de valorización previstas en el artículo 69, cuando corresponda.

(99) Artículo sustituido por el Artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(100) Artículo 72-A.- PRESUNCIÓN DE VENTAS O INGRESOS OMITIDOS POR LA EXISTENCIA DE SALDOS NEGATIVOS EN EL FLUJO DE INGRESOS Y EGRESOS DE EFECTIVO Y/O CUENTAS BANCARIAS

Cuando la Administración Tributaria constate o determine la existencia de saldos negativos, diarios o mensuales, en el flujo de ingresos y egresos de efectivo y/o cuentas bancarias, se presumirá la existencia de ventas o ingresos omitidos por el importe de dichos saldos.

Para tal efecto, se tomará en cuenta lo siguiente:

a) Cuando el saldo negativo sea diario:

i) Éste se determinará cuando se compruebe que los egresos constatados o determinados diariamente, excedan el saldo inicial del día más los ingresos de dicho día, estén o no declarados o registrados.

ii) El procedimiento señalado en el literal (i) de este inciso deberá aplicarse en no menos de dos (2) meses consecutivos o alternados, debiendo encontrarse diferencias en no menos de dos (2) días que correspondan a estos meses.

b) Cuando el saldo negativo sea mensual:

i) Éste se determinará cuando se compruebe que los egresos constatados o determinados mensualmente excedan al saldo inicial más los ingresos de dicho mes, estén o no declarados o registrados. El saldo inicial será el determinado al primer día calendario de cada mes y el saldo negativo al último día calendario de cada mes.

ii) El procedimiento señalado en el literal (i) de este inciso deberá aplicarse en no menos de dos (2) meses consecutivos o alternados.

Las ventas o ingresos omitidos se imputarán al período requerido al que corresponda el día o el mes en que se determinó la existencia del saldo negativo en el flujo de ingresos y egresos de efectivo y/o cuentas bancarias.

La presente presunción es de aplicación a los deudores tributarios que perciban rentas de tercera categoría.

(100) Artículo incorporado por el Artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(101) Artículo 72-B.- PRESUNCIÓN DE RENTA NETA Y/O VENTAS OMITIDAS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE COEFICIENTES ECONÓMICOS TRIBUTARIOS

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT podrá determinar la renta neta y/o ventas omitidas según sea el caso, mediante la aplicación de coeficientes económicos tributarios.

Esta presunción será de aplicación a las empresas que desarrollen actividades generadoras de rentas de tercera categoría, así como a las sociedades y entidades a que se refiere el último párrafo del Artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta. En este último caso, la renta que se determine por aplicación de los citados coeficientes será atribuida a los socios, contratantes o partes integrantes.

Los coeficientes serán aprobados por Resolución Ministerial del Sector Economía y Finanzas para cada ejercicio gravable, previa opinión técnica de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT.

El monto de la Renta Neta omitida será la diferencia del monto de la Renta Neta presunta calculada conforme lo dispuesto en el párrafo siguiente menos la Renta Neta declarada por el deudor tributario en el ejercicio materia del requerimiento.

Para el cálculo del monto de la Renta Neta presunta del ejercicio materia del requerimiento, se aplicará el coeficiente económico tributario respectivo, a la suma de los montos consignados por el deudor tributario en su Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta por los conceptos que son deducibles de acuerdo a las normas legales que regulan el Impuesto a la Renta. Para el caso de las adiciones y deducciones, sólo se considerará el importe negativo que pudiera resultar de la diferencia de ambos conceptos.

Para la determinación de las ventas o ingresos omitidos, al valor agregado obtenido en los párrafos siguientes, se le deducirá el valor agregado que se calcule de las Declaraciones Juradas mensuales presentadas por el deudor tributario en los períodos materia del requerimiento, el mismo que resulta de sumar el total de las ventas o ingresos gravados más el total de las exportaciones menos el total de las adquisiciones con derecho a crédito fiscal declarados, constituyendo dicha diferencia ventas o ingresos omitidos de todos los períodos comprendidos en el requerimiento. Se considerará que el valor agregado calculado es igual a cero cuando el total de las ventas o ingresos gravados más el total de las exportaciones menos el total de las adquisiciones con derecho a crédito fiscal declarados por el deudor tributario sea menor a cero.

Para la obtención del valor agregado de los períodos comprendidos en el requerimiento, se aplicará el coeficiente económico tributario respectivo a la sumatoria del total de adquisiciones con derecho a crédito fiscal que hubiere consignado el deudor tributario en las Declaraciones Juradas mensuales del Impuesto General a las Ventas de los períodos antes indicados.

(102) De existir adquisiciones destinadas a operaciones gravadas y no gravadas, para efectos de determinar el total de adquisiciones con derecho a crédito fiscal, se dividirá el total del crédito fiscal de las adquisiciones destinadas a operaciones gravadas y no gravadas declarado en los períodos materia de requerimiento entre el resultado de dividir la sumatoria de la tasa del

Impuesto General a las Ventas más el Impuesto de Promoción Municipal, entre 100. El monto obtenido de esta manera se adicionará a las adquisiciones destinadas a operaciones gravadas exclusivamente.

(102) Párrafo sustituido por el Artículo 30 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

En caso de existir más de una tasa del Impuesto General a las Ventas, se tomará la tasa mayor.

Las ventas o ingresos omitidos determinados conforme a lo dispuesto en el presente artículo, para efectos del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, incrementarán las ventas o ingresos declarados en cada uno de los meses comprendidos en el requerimiento en forma proporcional a las ventas o ingresos declarados.

En estos casos la omisión de ventas o ingresos no dará derecho a cómputo de crédito fiscal alguno.

(101) Artículo incorporado por el Artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.

(103) Artículo 72-C.- PRESUNCIÓN DE INGRESOS OMITIDOS Y/O OPERACIONES GRAVADAS OMITIDAS EN LA EXPLOTACIÓN DE JUEGOS DE MÁQUINAS TRAGAMONEDAS

La presunción de ingresos omitidos y/o operaciones gravadas omitidas en la explotación de juegos de máquinas tragamonedas, se determinará mediante la aplicación del control directo a dicha actividad por la Administración Tributaria, de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) De la cantidad de salas o establecimientos a intervenir

a.1 La Administración Tributaria verificará la cantidad de salas o establecimientos en los cuales el deudor tributario explota los juegos de máquinas tragamonedas.

a.2 Del número de salas o establecimientos verificados se determinará la cantidad de salas o establecimientos que serán materia de intervención por control directo, de acuerdo al siguiente cuadro:

Número de salas o establecimientos donde el deudor tributario explota máquinas tragamonedas	Cantidad de salas o establecimientos donde aplicar el control directo para efectuar la determinación presunta
Sólo 1	1
De 2 hasta 6	2
De 7 hasta 29	4
De 30 a más	6

b) De las salas o establecimientos seleccionados donde aplicar el control directo para determinar los ingresos presuntos

Establecido el número de salas o establecimientos del mismo deudor tributario en las que se debe efectuar el control directo de ingresos, cuando la cantidad de salas o establecimientos sea único, el control se efectuará sobre dicha sala o establecimiento. Cuando el número de salas o establecimientos del mismo deudor tributario sean dos (2) o más, para determinar cuales serán las salas o establecimientos materia de dicho control, se seguirá las siguientes reglas:

b.1 Si el deudor tributario ha cumplido con presentar sus declaraciones juradas conforme lo dispuesto por las normas sobre juegos de casinos y máquinas tragamonedas, las salas o establecimientos se seleccionarán de la siguiente manera:

i La mitad del número de salas o establecimientos a intervenir, corresponderán a aquéllas que tengan el mayor número de máquinas tragamonedas, según lo declarado por el deudor

tributario en los seis (6) meses anteriores al mes en que se realiza la intervención. Para los contribuyentes que recién han iniciado operaciones se tomarán los meses declarados.

ii La mitad restante corresponderá a las salas o establecimientos que tengan el menor número de máquinas tragamonedas, según lo declarado por el deudor tributario en los seis (6) meses anteriores al mes en que se realiza la intervención. Para los contribuyentes que recién han iniciado operaciones se tomarán los meses declarados.

iii Cuando el número de máquinas tragamonedas en dos (2) o más salas o establecimientos sea el mismo, se podrá optar por cualquier sala o establecimiento, de acuerdo a las reglas de los numerales i y ii.

b.2 Si el deudor tributario, no ha presentado la declaración jurada a que hacen referencia las normas sobre explotación de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, inclusive aquellos que por mandato judicial no se encuentren obligados a realizar dicha presentación o la aplicación de la presente presunción es consecuencia de que se verificó que el deudor tributario utiliza un número diferente de máquinas tragamonedas al autorizado, la Administración Tributaria podrá elegir discrecionalmente cuáles salas o establecimientos intervendrá, comunicándose dicha elección al deudor tributario.

c) De las Máquinas Tragamonedas a ser consideradas para el control directo por parte de la Administración

Cuando se inicie el procedimiento de control directo en la sala o establecimiento seleccionado, se entenderá que las máquinas tragamonedas que se encuentren en dicha sala o establecimiento son explotadas por el deudor tributario salvo que mediante documentos públicos o privados de fecha cierta, anteriores a la intervención, se demuestre lo contrario.

d) Del control directo

Para efectos de lo señalado en el presente procedimiento, se entenderá por día comercial a aquel horario de actividades que mantiene el deudor que explota juegos de máquinas tragamonedas para realizar las actividades propias de dicha actividad, aún cuando la misma comprenda uno o más días calendario.

d.1 El control directo que realice la Administración Tributaria, a efectos de determinar los ingresos presuntos, se deberá realizar en cada una de las salas o establecimientos seleccionados durante tres (3) días comerciales de un mismo mes, de acuerdo a las siguientes reglas:

i Se deberá tomar un (1) día comercial por semana, pudiendo realizarse el control directo en semanas continuas o alternadas.

ii No se podrá repetir el mismo día comercial de la semana.

iii Sólo se podrá efectuar control directo en un (1) fin de semana del mes.

iv La elección del día comercial de la semana, respetando las reglas anteriores queda a elección de la Administración Tributaria.

d.2 Si el mencionado control directo se realiza en no menos de dos (2) meses alternados de un mismo ejercicio gravable, el ingreso que se determine podrá ser usado para proyectar el total de ingresos del mismo ejercicio.

d.3 Si durante el desarrollo de la intervención de la Administración Tributaria en las salas o establecimientos seleccionados, ocurre algún hecho no justificado que cambia las circunstancias en las que se inició el control directo, o que a criterio de la Administración Tributaria impidan la acción de control directo o la continuación de dicha acción en cualquier sala o establecimiento seleccionado; y la intervención efectiva se realizó por más de un día comercial, lo verificado directamente por la Administración Tributaria hasta la ocurrencia del hecho o circunstancia, servirá para establecer los ingresos presuntos mensuales y/o de todo el ejercicio gravable. En caso contrario la Administración Tributaria elegirá otro día comercial para realizar el control.

La fracción del día comercial no se considerará como un día comercial.

e) Cálculo de los ingresos presuntos

e.1 Cálculo de los ingresos diarios por máquina tragamonedas.

Para determinar el monto de ingresos diarios por máquina tragamoneda, se considerará:

i El ingreso total del día comercial de cada máquina tragamoneda que se encuentre en explotación en cada sala o establecimiento obtenido por control directo.

ii Se descontará de dicho ingreso el monto total entregado de los premios otorgados en el mismo día comercial por cada máquina tragamoneda.

En el caso de deudores tributarios que tengan autorización expresa obtenida conforme lo dispuesto en las normas que regulan la explotación de juegos de casino y máquinas tragamonedas, se entenderá que el monto total entregado de los premios otorgados en el mismo día comercial por cada máquina tragamoneda no podrá ser menor del ochenta y cinco por ciento (85%) de los ingresos. Si el monto de los referidos premios excediera del cien por ciento (100%) de los ingresos de la máquina tragamoneda, dicho exceso no será considerado para el cómputo de los ingresos de los otros días comerciales que serán materia del control directo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a los deudores tributarios a los que se les aplique la presunción como consecuencia de haber hecho uso de modalidades de juego, modelos de máquinas tragamonedas o programas de juego no autorizados o no registrados ante la autoridad competente; explota máquinas tragamonedas con características técnicas no autorizadas por la autoridad competente; utilice fichas o medios de juego no autorizados por la autoridad competente, debiéndose aplicar para dichos deudores la regla del párrafo siguiente.

En el caso de deudores tributarios que no tengan la referida autorización expresa, el monto total entregado de los premios otorgados en el mismo día comercial por cada máquina tragamonedas no podrá ser mayor al ochenta y cinco por ciento (85%) del total del ingreso del día comercial. Cuando el monto de dichos premios sean menor al porcentaje antes señalado se tomará como ingresos del referido día la diferencia entre los ingresos determinados por el control directo menos el monto total entregado de los premios otorgados. Cuando no se hubiesen entregado dichos premios se tomará como ingreso del mismo día el total de los ingresos determinados por control directo.

e.2 Cálculo de los ingresos presuntos diarios por cada sala o establecimiento seleccionado.

Para determinar el monto de ingresos presuntos diarios por sala o establecimiento seleccionado, se sumará el ingreso total del día comercial de cada máquina, obtenido de acuerdo al procedimiento establecido en e.1, el que luego se dividirá entre el total de máquinas de la sala o establecimiento y se multiplicará por el total de máquinas ubicadas en la misma sala o establecimiento.

e.3 Cálculo de los ingresos presuntos mensuales por cada sala o establecimiento seleccionado.

Para determinar el monto de ingresos presuntos mensuales de cada sala o establecimiento seleccionado, se seguirá el procedimiento siguiente:

i. Efectuadas las tres (3) verificaciones por cada sala o establecimiento a que hace referencia el inciso d) del presente artículo, se sumarán los montos de ingresos diarios obtenidos y se obtendrá un promedio simple.

De presentarse el supuesto señalado en el inciso d.3, si el control se realizó en más de un día comercial se sumarán los ingresos obtenidos por control directo y se dividirán por el número de días comerciales controlados, lo cual representará el promedio de ingresos diarios.

ii. El promedio de ingresos diarios por sala o establecimiento, se multiplicará por el número de días comerciales del mes obteniéndose el total de ingresos presuntos mensuales para cada sala o establecimiento seleccionado.

iii. Los ingresos presuntos mensuales se compararán con los ingresos de las mismas salas o establecimientos, informados o declarados por el deudor tributario en los seis (6) meses anteriores o en los meses que corresponda cuando el deudor tributario tiene menos de seis (6) meses explotando las máquinas tragamonedas, tomándose el mayor.

iv. En caso que el deudor tributario no hubiese informado o declarado ingresos, se tomará el monto establecido por el control directo.

e.4. Cálculo de los ingresos presuntos mensuales del deudor tributario.

Para determinar el monto de ingresos presuntos mensuales del deudor tributario se seguirá el procedimiento siguiente:

i. Determinado el monto de ingresos presuntos mensuales de cada sala o establecimiento seleccionado, se sumarán los montos obtenidos y se dividirán entre el número de salas o establecimientos verificados. Dicho resultado se tomará como el ingreso presunto de las demás salas o establecimientos que explota el mismo deudor tributario. Respecto de las salas o establecimientos en las que se efectuó el control directo, el ingreso mensual lo constituye el monto establecido conforme al procedimiento señalado en el inciso e.3.

ii. La suma de los ingresos de cada sala o establecimiento seleccionado más los ingresos presuntos atribuidos al resto de las salas o establecimientos que el deudor tributario explota, dará como resultado el monto de ingresos presuntos del mes a cargo de deudor tributario.

e.5. Cálculo de los ingresos presuntos del ejercicio gravable.

Para la determinación de los ingresos del ejercicio gravable, se tomarán los ingresos mensuales de no menos de dos (2) meses verificados por control directo, determinados conforme al procedimiento descrito en los párrafos anteriores, y se dividirán obteniendo un promedio simple.

Dicho resultado se considerará como el ingreso presunto mensual que será atribuido a cada mes no verificado. La suma de los ingresos presuntos de los diez (10) meses no verificados más la suma de los dos (2) meses determinados conforme lo establecido en el presente procedimiento, constituye el ingreso presunto del ejercicio gravable.

(103) Artículo incorporado por el Artículo 19 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(104) Artículo 72-D.- PRESUNCIÓN DE REMUNERACIONES POR OMISIÓN DE DECLARAR Y/ O REGISTRAR A UNO O MÁS TRABAJADORES

Cuando la Administración Tributaria, compruebe que el deudor tributario califica como entidad empleadora y se detecta que omitió declarar a uno o más trabajadores por los cuales tiene que declarar y/o pagar aportes al Seguro Social de Salud, al Sistema Nacional de Pensiones o renta de quinta categoría, se presumirá que las remuneraciones mensuales del trabajador no declarado, por el período laborado por dicho trabajador, será el mayor monto remunerativo mensual obtenido de la comparación con el total de las remuneraciones mensuales que hubiera registrado, o en su defecto, hubiera declarado el deudor tributario por los períodos comprendidos en el requerimiento, el mismo que será determinado de la siguiente manera:

a) Se identificarán las remuneraciones mensuales de los trabajadores de función o cargo similar, en los registros del deudor tributario, consignados en ellos durante el período requerido. En caso que el deudor tributario no presente los registros requeridos por la Administración, se realizará dicha identificación en las declaraciones juradas presentadas por ésta, en los períodos comprendidos en el requerimiento.

b) De no encontrarse remuneraciones mensuales de los trabajadores de función o cargo similar en los registros o declaraciones juradas del deudor tributario, se tomará en cuenta la información de otras entidades empleadoras de giro y/o actividad similar que cuenten con similar volumen de operaciones.

c) En ningún caso, la remuneración mensual presunta podrá ser menor a la remuneración mínima vital vigente en los meses en los que se realiza la determinación de la remuneración presunta.

Para efectos de determinar el período laborado por el trabajador no registrado y/o declarado, se presumirá que en ningún caso dicho período es menor de seis (6) meses, con excepción de:

i Los trabajadores de las empresas que inicien actividades y tengan menos de seis (6) meses de funcionamiento, para los cuales se entenderá que el tiempo de vigencia del período laboral no será menor al número de meses de funcionamiento.

ii Los trabajadores de empresas contratados bajo contratos sujetos a modalidad, para los cuales se entenderá que el tiempo de vigencia del período laboral no será menor de tres (3) meses.

Las remuneraciones determinadas de acuerdo a lo dispuesto en el presente procedimiento forman parte de la base imponible para el cálculo de las aportaciones al Seguro Social de Salud, al Sistema Nacional de Pensiones de acuerdo a lo señalado en el párrafo siguiente; y de los pagos a cuenta a realizarse vía retención del Impuesto a la Renta de quinta categoría, cuando corresponda.

Sólo se considerará que la remuneración mensual presunta será base de cálculo para las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones en el caso que el trabajador presente un escrito a la SUNAT donde señale que se encuentra o que ha optado por pertenecer al Sistema Nacional de Pensiones. El pago del aporte será de cargo de la entidad empleadora en su calidad de agente de retención.

De corresponder la realización del pago a cuenta vía retención del impuesto a la renta de quinta categoría por la remuneración mensual presunta, éste será de cargo de la entidad empleadora.

Se entiende como entidad empleadora a toda persona natural, empresa unipersonal, persona jurídica, sociedad irregular o de hecho, cooperativas de trabajadores, instituciones públicas, instituciones privadas, entidades del sector público nacional o cualquier otro ente colectivo, que tenga a su cargo personas que laboren para ella bajo relación de dependencia o que paguen pensiones de jubilación cesantía, incapacidad o sobrevivencia.

(104) Artículo incorporado por el Artículo 20 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 73.- IMPROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE PRESUNCIONES

Cuando se comprueben omisiones de diferente naturaleza respecto de un deudor tributario y resulte de aplicación más de una de las presunciones a que se refieren los artículos anteriores, éstas no se acumularán debiendo la Administración aplicar la que arroje el mayor monto de base imponible o de tributo.

Artículo 74.- VALORIZACIÓN DE LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA BASE IMPONIBLE

Para determinar y comprobar el valor de los bienes, mercaderías, rentas, ingresos y demás elementos determinantes de la base imponible, la Administración podrá utilizar cualquier medio de valuación, salvo normas específicas.

(105) Artículo 75.- RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN O VERIFICACIÓN

Concluido el proceso de fiscalización o verificación, la Administración Tributaria emitirá la correspondiente Resolución de Determinación, Resolución de Multa u Orden de Pago, si fuera el caso.

No obstante, previamente a la emisión de las resoluciones referidas en el párrafo anterior, la Administración Tributaria podrá comunicar sus conclusiones a los contribuyentes, indicándoles expresamente las observaciones formuladas y, cuando corresponda, las infracciones que se les imputan, siempre que a su juicio la complejidad del caso tratado lo justifique.

(106) En estos casos, dentro del plazo que la Administración Tributaria establezca en dicha comunicación, el que no podrá ser menor a tres (3) días hábiles; el contribuyente o responsable podrá presentar por escrito sus observaciones a los cargos formulados, debidamente sustentadas, a efecto que la Administración Tributaria las considere, de ser el caso. La documentación que se presente ante la Administración Tributaria luego de transcurrido el mencionado plazo no será merituada en el proceso de fiscalización o verificación.

(106) Párrafo sustituido por el Artículo 31 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(105) Artículo sustituido por el Artículo 18 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

Artículo 76.- RESOLUCIÓN DE DETERMINACIÓN

La Resolución de Determinación es el acto por el cual la Administración Tributaria pone en conocimiento del deudor tributario el resultado de su labor destinada a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y establece la existencia del crédito o de la deuda tributaria.

(107) Los aspectos revisados en una fiscalización parcial que originan la notificación de una resolución de determinación no pueden ser objeto de una nueva determinación, salvo en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 108.

(107) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

Artículo 77.- REQUISITOS DE LAS RESOLUCIONES DE DETERMINACIÓN Y DE MULTA

La Resolución de Determinación será formulada por escrito y expresará:

1. El deudor tributario.

2. El tributo y el período al que corresponda.

3. La base imponible.

4. La tasa.

5. La cuantía del tributo y sus intereses.

6. Los motivos determinantes del reparo u observación, cuando se rectifique la declaración tributaria.

7. Los fundamentos y disposiciones que la amparen.

(108) 8. El carácter definitivo o parcial del procedimiento de fiscalización. Tratándose de un procedimiento de fiscalización parcial expresará, además, los aspectos que han sido revisados.

(108) Numeral incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

(109) Tratándose de las Resoluciones de Multa, contendrán necesariamente los requisitos establecidos en los numerales 1 y 7, así como la referencia a la infracción, el monto de la multa y los intereses. Las multas que se calculen conforme al inciso d) del artículo 180 y que se notifiquen como resultado de un procedimiento de fiscalización parcial deberán contener los aspectos que han sido revisados.(*)

(109) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Tratándose de las Resoluciones de Multa, contendrán necesariamente los requisitos establecidos en los numerales 1 y 7, así como la referencia a la infracción, el monto de la multa y los intereses. Las multas que se calculen conforme al inciso d) del artículo 180 y que se notifiquen como resultado de un procedimiento de fiscalización parcial deberán contener los aspectos que han sido revisados. En el caso de Resoluciones de Multa emitidas por la SUNAT por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 87 vinculadas a la normativa de

asistencia administrativa mutua en materia tributaria, estas deben señalar, en lugar de lo dispuesto en el numeral 1, a los administrados que deben cumplir con dichas obligaciones."

La Administración Tributaria podrá emitir en un sólo documento las Resoluciones de Determinación y de Multa, las cuales podrán impugnarse conjuntamente, siempre que la infracción esté referida a un mismo deudor tributario, tributo y período.

Artículo 78.- ORDEN DE PAGO

La Orden de Pago es el acto en virtud del cual la Administración exige al deudor tributario la cancelación de la deuda tributaria, sin necesidad de emitirse previamente la Resolución de Determinación, en los casos siguientes:

1. Por tributos autoliquidados por el deudor tributario.

2. Por anticipos o pagos a cuenta, exigidos de acuerdo a ley.

(110) 3. Por tributos derivados de errores materiales de redacción o de cálculo en las declaraciones, comunicaciones o documentos de pago. Para determinar el monto de la Orden de Pago, la Administración Tributaria considerará la base imponible del período, los saldos a favor o créditos declarados en períodos anteriores y los pagos a cuenta realizados en estos últimos.

Para efectos de este numeral, también se considera el error originado por el deudor tributario al consignar una tasa inexistente.

(110) Numeral sustituido por el Artículo 32 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

4. Tratándose de deudores tributarios que no declararon ni determinaron su obligación o que habiendo declarado no efectuaron la determinación de la misma, por uno o más períodos tributarios, previo requerimiento para que realicen la declaración y determinación omitidas y abonen los tributos correspondientes, dentro de un término de tres (3) días hábiles, de acuerdo al

procedimiento establecido en el artículo siguiente, sin perjuicio que la Administración Tributaria pueda optar por practicarles una determinación de oficio.

5. Cuando la Administración Tributaria realice una verificación de los libros y registros contables del deudor tributario y encuentre tributos no pagados.

Las Ordenes de Pago que emita la Administración, en lo pertinente, tendrán los mismos requisitos formales que la Resolución de Determinación, a excepción de los motivos determinantes del reparo u observación.

Artículo 79.- ORDEN DE PAGO PRESUNTIVA

Si los deudores tributarios no declararan ni determinaran, o habiendo declarado no efectuaran la determinación de los tributos de periodicidad anual ni realizaran los pagos respectivos dentro del término de tres (3) días hábiles otorgado por la Administración, ésta podrá emitir la Orden de Pago, a cuenta del tributo omitido, por una suma equivalente al mayor importe del tributo pagado o determinado en uno de los cuatro (4) últimos períodos tributarios anuales. Lo dispuesto es de aplicación respecto a cada período por el cual no se declaró ni determinó o habiéndose declarado no se efectuó la determinación de la obligación.

Tratándose de tributos que se determinen en forma mensual, así como de pagos a cuenta, se tomará como referencia la suma equivalente al mayor importe de los últimos doce (12) meses en los que se pagó o determinó el tributo o el pago a cuenta. Lo dispuesto es de aplicación respecto a cada mes o período por el cual no se realizó la determinación o el pago.

Para efecto de establecer el mayor importe del tributo pagado o determinado a que se refieren los párrafos anteriores, se actualizará dichos montos de acuerdo a la variación del Indice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima Metropolitana.

De no existir pago o determinación anterior, se fijará como tributo una suma equivalente al mayor pago realizado por un contribuyente de nivel y giro de negocio similar, en los cuatro (4) últimos períodos tributarios anuales o en los doce (12) últimos meses, según se trate de tributos de periodicidad anual o que se determinen en forma mensual, así como de los pagos a cuenta.

El tributo que se tome como referencia para determinar la Orden de Pago, será actualizado de acuerdo a la variación del Indice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima Metropolitana por el período comprendido entre la fecha de pago o la de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración del tributo que se toma como referencia, lo que ocurra primero, y la fecha de vencimiento del plazo para presentar la declaración del tributo al que corresponde la Orden de Pago.

Sobre el monto actualizado se aplicarán los intereses correspondientes.

En caso de tributos de monto fijo, la Administración tomará aquél como base para determinar el monto de la Orden de Pago.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes, será de aplicación aun cuando la alícuota del tributo por el cual se emite la Orden de Pago, haya variado respecto del período que se tome como referencia.

La Orden de Pago que se emita no podrá ser enervada por la determinación de la obligación tributaria que posteriormente efectúe el deudor tributario.

(111) Artículo 80.- FACULTAD DE ACUMULAR Y SUSPENDER LA EMISIÓN DE RESOLUCIONES Y ÓRDENES DE PAGO

La Administración Tributaria tiene la facultad de suspender la emisión de la Resolución u Orden de Pago, cuyo monto no exceda del porcentaje de la UIT que para tal efecto debe fijar la Administración Tributaria; y, acumular en un solo documento de cobranza las deudas tributarias incluyendo costas y gastos, sin perjuicio de declarar la deuda de recuperación onerosa al amparo del inciso b) del Artículo 27.(*)

(111) Artículo sustituido por el Artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Artículo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 80.- FACULTAD DE ACUMULAR Y SUSPENDER LA EMISIÓN DE RESOLUCIONES Y ÓRDENES DE PAGO

La Administración Tributaria tiene la facultad de suspender la emisión de la resolución u orden de pago, cuyo monto no exceda el porcentaje de la UIT que para tal efecto debe fijar la administración tributaria; y, acumular en un solo documento de cobranza las deudas tributarias, incluyendo, excepto en el caso de la SUNAT, las costas y gastos, sin perjuicio de declarar la deuda como de recuperación onerosa, al amparo del inciso b) del Artículo 27."

Artículo 81.- Artículo derogado por el Artículo Único de la Ley Nº 27788, publicada el 25 de julio de 2002.

CAPÍTULO III

FACULTAD SANCIONADORA

(112) Artículo 82.- FACULTAD SANCIONADORA

La Administración Tributaria tiene la facultad discrecional de sancionar las infracciones tributarias.

(112) Artículo sustituido por el Artículo 34 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CONCORDANCIAS: R.N° 238-2013-SUNAT-300000, Art. 1 (Facultad discrecional)

R. N° 00395-2013-SUNAT-300000 (Aprueban formularios de solicitudes de Copia Simple de Partidas Registrales y de Boleta Informativa del Registro de Propiedad Vehicular)

R.N° 200-2016-SUNAT (Publicación de Resoluciones de Superintendencia Nacional Adjunta Operativa que disponen aplicar la facultad discrecional de no sancionar)

R.N° 039-2016-SUNAT-600000 (Disponen la aplicación de la facultad discrecional en la administración de sanciones por infracciones)

TÍTULO III

OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Artículo 83.- ELABORACIÓN DE PROYECTOS

Los órganos de la Administración Tributaria tendrán a su cargo la función de preparar los proyectos de reglamentos de las leyes tributarias de su competencia.

(113) Artículo 84.- ORIENTACION AL CONTRIBUYENTE

La Administración Tributaria proporcionará orientación, información verbal, educación y asistencia al contribuyente.

La SUNAT podrá desarrollar medidas administrativas para orientar al contribuyente sobre conductas elusivas perseguibles.

(113) Artículo modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

(114) Artículo 85.- RESERVA TRIBUTARIA

Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros, así como la tramitación de las denuncias a que se refiere el Artículo 192.

Constituyen excepciones a la reserva tributaria:

a) Las solicitudes de información, exhibiciones de documentos y declaraciones tributarias que ordene el Poder Judicial, el Fiscal de la Nación en los casos de presunción de delito, o las Comisiones investigadoras del Congreso, con acuerdo de la comisión respectiva y siempre que se refiera al caso investigado.

Se tendrá por cumplida la exhibición si la Administración Tributaria remite copias completas de los documentos ordenados debidamente autenticadas por Fedatario.

b) Los expedientes de procedimientos tributarios respecto de los cuales hubiera recaído resolución que ha quedado consentida, siempre que sea con fines de investigación o estudio académico y sea autorizado por la Administración Tributaria

c) La publicación que realice la Administración Tributaria de los datos estadísticos, siempre que por su carácter global no permita la individualización de declaraciones, informaciones, cuentas o personas.

d) La información de los terceros independientes utilizados como comparables por la Administración Tributaria en actos administrativos que sean el resultado de la aplicación de las normas de precios de transferencia.

Esta información solamente podrá ser revelada en el supuesto previsto en el numeral 18 del Artículo 62 y ante las autoridades administrativas y el Poder Judicial, cuando los actos de la Administración Tributaria sean objeto de impugnación.

e) Las publicaciones sobre Comercio Exterior que efectúe la SUNAT, respecto a la información contenida en las declaraciones referidas a los regímenes y operaciones aduaneras consignadas en los formularios correspondientes aprobados por dicha entidad y en los documentos anexos a tales declaraciones. Por decreto supremo se regulará los alcances de este inciso y se precisará la información susceptible de ser publicada.

f) La información que solicite el Gobierno Central respecto de sus propias acreencias, pendientes o canceladas, por tributos cuya recaudación se encuentre a cargo de la SUNAT, siempre que su necesidad se justifique por norma con rango de Ley o por Decreto Supremo.

Se encuentra comprendida en el presente inciso entre otras:

1. La información que sobre las referidas acreencias requiera el Gobierno Central, con la finalidad de distribuir el canon correspondiente.

Dicha información será entregada al Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Gobierno Central, previa autorización del Superintendente Nacional de Administración Tributaria.

2. La información requerida por las dependencias competentes del Gobierno Central para la defensa de los intereses del Estado Peruano en procesos judiciales o arbitrales en los cuales este último sea parte. La solicitud de información será presentada por el titular de la dependencia competente del Gobierno Central a través del Ministerio de Economía y Finanzas para la expedición del Decreto Supremo habilitante. Asimismo la entrega de dicha información se realizará a través del referido Ministerio.

g) La información reservada que intercambien los órganos de la Administración Tributaria, y que requieran para el cumplimiento de sus fines propios, previa solicitud del jefe del órgano solicitante y bajo su responsabilidad.

h) La información reservada que se intercambie con las Administraciones Tributarias de otros países en cumplimiento de lo acordado en convenios internacionales.

(115) i) La información que requiera el Ministerio de Economía y Finanzas, para evaluar, diseñar, implementar, dirigir y controlar los asuntos relativos a la política tributaria y arancelaria. En ningún caso la información requerida permitirá la identificación de los contribuyentes.

(115) Inciso incorporado por el Artículo 21 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

La obligación de mantener la reserva tributaria se extiende a quienes accedan a la información calificada como reservada en virtud a lo establecido en el presente artículo, inclusive a las entidades del sistema bancario y financiero que celebren convenios con la Administración Tributaria de acuerdo al Artículo 55, quienes no podrán utilizarla para sus fines propios.

Adicionalmente, a juicio del jefe del órgano administrador de tributos, la Administración Tributaria, mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar, podrá incluir dentro de la reserva tributaria determinados datos que el sujeto obligado a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) proporcione a la Administración Tributaria a efecto que se le otorgue dicho número, y en general, cualquier otra información que obtenga de dicho sujeto o de terceros. En virtud a dicha facultad no podrá incluirse dentro de la reserva tributaria:

1. La publicación que realice la Administración Tributaria de los contribuyentes y/o responsables, sus representantes legales, así como los tributos determinados por los citados contribuyentes y/o responsables, los montos pagados, las deudas tributarias materia de fraccionamiento y/o aplazamiento, y su deuda exigible, entendiéndose por esta última, aquélla a la que se refiere el Artículo 115. La publicación podrá incluir el nombre comercial del contribuyente y/o responsable, si lo tuviera.

2. La publicación de los datos estadísticos que realice la Administración Tributaria tanto en lo referido a tributos internos como a operaciones de comercio exterior, siempre que por su carácter general no permitan la individualización de declaraciones, informaciones, cuentas o personas.

Sin embargo, la Administración Tributaria no se encuentra obligada a proporcionar a los contribuyentes, responsables o terceros la información que pueda ser materia de publicación al amparo de los numerales 1 y 2 del presente artículo.

No incurren en responsabilidad los funcionarios y empleados de la Administración Tributaria que divulguen información no reservada en virtud a lo establecido en el presente artículo, ni aquéllos que se abstengan de proporcionar información por estar comprendida en la reserva tributaria.

"j) La información que requieran las entidades públicas a cargo del otorgamiento de prestaciones asistenciales, económicas o previsionales, cuando dicho otorgamiento se encuentre supeditado al cumplimiento de la declaración y/o pago de tributos cuya administración ha sido encargada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. En estos casos la solicitud de información será presentada por el titular de la entidad y bajo su responsabilidad."(*)

(*) Inciso j) incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

(114) Artículo sustituido por el Artículo 35 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CONCORDANCIAS: D.LEG.N° 1264, Art. 16 (Confidencialidad de la información)

Artículo 86.- PROHIBICIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

(116) Los funcionarios y servidores que laboren en la Administración Tributaria al aplicar los tributos, sanciones y procedimientos que corresponda, se sujetarán a las normas tributarias de la materia.

(116) Párrafo sustituido por el Artículo 36 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Asimismo, están impedidos de ejercer por su cuenta o por intermedio de terceros, así sea gratuitamente, funciones o labores permanentes o eventuales de asesoría vinculadas a la aplicación de normas tributarias.

"Artículo 86-A.- OBLIGACIONES DE LA SUNAT PARA EFECTO DE LAS ACTUACIONES O PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS QUE SE REALICEN A TRAVÉS DE SISTEMAS ELECTRÓNICOS, TELEMÁTICOS E INFORMÁTICOS

Para efecto de las actuaciones o procedimientos tributarios que se realicen a través de sistemas electrónicos, telemáticos e informáticos, la SUNAT deberá:

1. Asignar la CLAVE SOL que permita acceder al buzón electrónico a todos los sujetos que deban inscribirse en sus registros, que le permita realizar, de corresponder, la notificación de sus actos por el medio electrónico a que se refiere el inciso b) del artículo 104.

2. Almacenar, archivar y conservar los documentos que formen parte del expediente electrónico, de acuerdo a la resolución de superintendencia que se apruebe para dicho efecto, garantizando el acceso a los mismos de los interesados". (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 6 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014.

TÍTULO IV

OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADOS

(117) Artículo 87.- OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADOS

Los administrados están obligados a facilitar las labores de fiscalización y determinación que realice la Administración Tributaria y en especial deberán: (*)

(*) Encabezado modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Los administrados están obligados a facilitar las labores de fiscalización y determinación que realice la Administración Tributaria, incluidas aquellas labores que la SUNAT realice para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria, y en especial deben:"

1. Inscribirse en los registros de la Administración Tributaria aportando todos los datos necesarios y actualizando los mismos en la forma y dentro de los plazos establecidos por las normas pertinentes. Asimismo deberán cambiar el domicilio fiscal en los casos previstos en el Artículo 11. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"1. Inscribirse en los registros de la Administración Tributaria así como obtener, con ocasión de dicha inscripción, la CLAVE SOL que permita el acceso al buzón electrónico a que se refiere el artículo 86-A y a consultar periódicamente el mismo.

El administrado debe aportar todos los datos necesarios para la inscripción en los registros de la Administración Tributaria así como actualizar los mismos en la forma y dentro de los plazos establecidos por las normas pertinentes. Asimismo, deberán cambiar el domicilio fiscal en los casos previstos en el artículo 11."

2. Acreditar la inscripción cuando la Administración Tributaria lo requiera y consignar el número de identificación o inscripción en los documentos respectivos, siempre que las normas tributarias lo exijan.

3. Emitir y/u otorgar, con los requisitos formales legalmente establecidos y en los casos previstos por las normas legales, los comprobantes de pago o los documentos complementarios a éstos. Asimismo deberá portarlos cuando las normas legales así lo establezcan. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"3. Emitir y/u otorgar, con los requisitos formales legalmente establecidos y en los casos previstos por las normas legales, los comprobantes de pago o los documentos complementarios a estos. Asimismo, deberán, según lo establezcan las normas legales, portarlos o facilitar a la SUNAT, a través de cualquier medio, y en la forma y condiciones que esta señale, la información que permita identificar los documentos que sustentan el traslado."

4. Llevar los libros de contabilidad u otros libros y registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT; o los sistemas, programas, soportes portadores de microformas grabadas, soportes magnéticos y demás antecedentes computarizados de contabilidad que los sustituyan, registrando las actividades u operaciones que se vinculen con la tributación conforme a lo establecido en las normas pertinentes.

Los libros y registros deben ser llevados en castellano y expresados en moneda nacional; salvo que se trate de contribuyentes que reciban y/o efectúen inversión extranjera directa en moneda extranjera, de acuerdo a los requisitos que se establezcan mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, y que al efecto contraten con el Estado, en cuyo caso podrán llevar la contabilidad en dólares de los Estados Unidos de América, considerando lo siguiente:

a. La presentación de la declaración y el pago de los tributos, así como el de las sanciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes, se realizarán en moneda nacional. Para tal efecto, mediante Decreto Supremo se establecerá el procedimiento aplicable.

b. Para la aplicación de saldos a favor generados en periodos anteriores se tomarán en cuenta los saldos declarados en moneda nacional.

Asimismo, en todos los casos las Resoluciones de Determinación, Órdenes de Pago y Resoluciones de Multa u otro documento que notifique la Administración Tributaria, serán emitidos en moneda nacional.

Igualmente el deudor tributario deberá indicar a la SUNAT el lugar donde se llevan los mencionados libros, registros, sistemas, programas, soportes portadores de microformas grabadas, soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información y demás antecedentes electrónicos que sustenten la contabilidad; en la forma, plazos y condiciones que ésta establezca.

5. Permitir el control por la Administración Tributaria, así como presentar o exhibir, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, según señale la Administración, las declaraciones, informes, libros de actas, registros y libros contables y demás documentos relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, en la forma, plazos y condiciones que le sean requeridos, así como formular las aclaraciones que le sean solicitadas.

Esta obligación incluye la de proporcionar los datos necesarios para conocer los programas y los archivos en medios magnéticos o de cualquier otra naturaleza; así como la de proporcionar o facilitar la obtención de copias de las declaraciones, informes, libros de actas, registros y libros contables y demás documentos relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, las mismas que deberán ser refrendadas por el sujeto fiscalizado o, de ser el caso, su representante legal.

(118) Los sujetos exonerados o inafectos también deberán presentar las declaraciones informativas en la forma, plazo y condiciones que establezca la SUNAT.

(118) Párrafo incorporado por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

6. Proporcionar a la Administración Tributaria la información que ésta requiera, o la que ordenen las normas tributarias, sobre las actividades del deudor tributario o de terceros con los que guarden relación, de acuerdo a la forma, plazos y condiciones establecidas.

(119) 7. Almacenar, archivar y conservar los libros y registros, llevados de manera manual, mecanizada o electrónica, así como los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con ellas, mientras el tributo no esté prescrito. (*)

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"7. Almacenar, archivar y conservar los libros y registros, llevados de manera manual, mecanizada o electrónica, así como los documentos y antecedentes de las operaciones o

situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con ellas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor. El plazo de cinco (5) años se computa a partir del uno (1) de enero del año siguiente a la fecha de vencimiento de la presentación de la declaración de la obligación tributaria correspondiente. Tratándose de los pagos a cuenta del impuesto a la renta, el plazo de cinco años se computa considerando la fecha de vencimiento de la declaración anual del citado impuesto."

El deudor tributario deberá comunicar a la administración tributaria, en un plazo de quince (15) días hábiles, la pérdida, destrucción por siniestro, asaltos y otros, de los libros, registros, documentos y antecedentes mencionados en el párrafo anterior. El plazo para rehacer los libros y registros será fijado por la Sunat mediante resolución de superintendencia, sin perjuicio de la facultad de la administración tributaria para aplicar los procedimientos de determinación sobre base presunta a que se refiere el artículo 64.

(120) Cuando el deudor tributario esté obligado o haya optado por llevar de manera electrónica los libros, registros o por emitir de la manera referida los documentos que regulan las normas sobre comprobantes de pago o aquellos emitidos por disposición de otras normas tributarias, la SUNAT podrá sustituirlo en el almacenamiento, archivo y conservación de los mismos. La SUNAT también podrá sustituir a los demás sujetos que participan en las operaciones por las que se emitan los mencionados documentos.

(120) Párrafo modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

La Sunat, mediante resolución de superintendencia, regulará el plazo por el cual almacenará, conservará y archivará los libros, registros y documentos referidos en el párrafo anterior, la forma de acceso a los mismos por el deudor tributario respecto de quien opera la sustitución, su reconstrucción en caso de pérdida o destrucción y la comunicación al deudor tributario de tales situaciones.

(119) Numeral sustituido por el Artículo 13 de la Ley Nº 29566, publicado el 28 de julio de 2010.

CONCORDANCIAS: R.Nº 271-2013-SUNAT, Art. 21 (DE LA CONSERVACIÓN)

8. Mantener en condiciones de operación los sistemas o programas electrónicos, soportes magnéticos y otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible, por el plazo de prescripción del tributo, debiendo comunicar a la Administración Tributaria cualquier hecho que impida cumplir con dicha obligación a efectos de que la misma evalúe dicha situación.

La comunicación a que se refiere el párrafo anterior deberá realizarse en el plazo de quince (15) días hábiles de ocurrido el hecho. (*)

(*) Numeral 8) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"8. Mantener en condiciones de operación los sistemas de programas electrónicos, soportes magnéticos y otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible, cinco (5) años o durante el plazo prescripción del tributo, el que fuera mayor, debiendo comunicar a la Administración Tributaria cualquier hecho que impida cumplir con dicha obligación a efectos que la misma evalúe dicha situación.

La comunicación a que se refiere el párrafo anterior debe realizarse en el plazo de quince (15) días hábiles de ocurrido el hecho.

El cómputo del plazo de cinco (5) años se efectúa conforme a lo establecido en el numeral 7."

9. Concurrir a las oficinas de la Administración Tributaria cuando su presencia sea requerida por ésta para el esclarecimiento de hechos vinculados a obligaciones tributarias.

10. En caso de tener la calidad de remitente, entregar el comprobante de pago o guía de remisión correspondiente de acuerdo a las normas sobre la materia para que el traslado de los bienes se realice.

11. Sustentar la posesión de los bienes mediante los comprobantes de pago que permitan sustentar costo o gasto, que acrediten su adquisición y/u otro documento previsto por las normas para sustentar la posesión, cuando la Administración Tributaria lo requiera.

12. Guardar absoluta reserva de la información a la que hayan tenido acceso, relacionada a terceros independientes utilizados como comparables por la Administración Tributaria, como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia.

Esta obligación conlleva la prohibición de divulgar, bajo cualquier forma, o usar, sea en provecho propio o de terceros, la información a que se refiere el párrafo anterior y es extensible a los representantes que se designen al amparo del numeral 18 del Artículo 62.

13. Permitir la instalación de los sistemas informáticos, equipos u otros medios utilizados para el control tributario proporcionados por SUNAT con las condiciones o características técnicas establecidas por ésta.

(121) 14. Comunicar a la SUNAT si tienen en su poder bienes, valores y fondos, depósitos, custodia y otros, así como los derechos de crédito cuyos titulares sean aquellos deudores en cobranza coactiva que la SUNAT les indique. Para dicho efecto mediante Resolución de Superintendencia se designará a los sujetos obligados a proporcionar dicha información, así como la forma, plazo y condiciones en que deben cumplirla. (*)

(121) Numeral incorporado por el Artículo 22 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Numeral 14) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"14. Comunicar a la SUNAT si tienen en su poder bienes, valores y fondos, depósitos, custodia y otros, así como los derechos de crédito cuyos titulares sean aquellos sujetos en

cobranza coactiva que la SUNAT les indique. Para dicho efecto mediante Resolución de Superintendencia se designará a los sujetos obligados a proporcionar dicha información, así como la forma, plazo y condiciones en que deben cumplirla."

"15. Permitir que la SUNAT realice las acciones que corresponda a las diversas formas de asistencia administrativa mutua, para lo cual los administrados deben:

15.1 Presentar o exhibir, en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados, según señale la Administración, las declaraciones, informes, libros de actas, registros y libros contables y cualquier documento, en la forma, plazos y condiciones en que sean requeridos así como sus respectivas copias, las cuales deben ser refrendadas por el sujeto o por su representante legal; y de ser el caso, realizar las aclaraciones que le soliciten.

Esta obligación incluye la de proporcionar los datos necesarios para conocer los programas y los archivos en medios magnéticos o de cualquier otra naturaleza.

15.2 Concurrir a las oficinas de la SUNAT, cuando su presencia sea requerida, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 62, para efecto de esclarecer o proporcionar la información que le sea solicitada en cumplimiento de la normativa de asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

15.3 Presentar a la SUNAT las declaraciones informativas para el cumplimiento de la asistencia administrativa mutua, en la forma, plazo y condiciones que esta establezca mediante Resolución de Superintendencia. La obligación a que se refiere el presente numeral incluye a las personas jurídicas, entes jurídicos y la información que se establezca mediante decreto supremo.

En el caso de las Empresas del Sistema Financiero nacional y otras entidades, deberán presentar periódicamente la información sobre las cuentas y los datos de identificación de sus titulares referentes a nombre, denominación o razón social, nacionalidad, residencia, fecha y lugar de nacimiento o constitución y domicilio, entre otros datos, conforme a lo que se establezca en el Decreto Supremo a que se refiere el artículo 143-A de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Lo señalado en el presente numeral comprende la información de la identidad y de la titularidad del beneficiario final conforme a lo que se establezca por Decreto Supremo.

Mediante decreto supremo se podrá establecer las normas complementarias para la mejor aplicación de lo dispuesto en el presente numeral."(*)

(*) Numeral 15) incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

(117) Artículo sustituido por el Artículo 37 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(122) Artículo 88.- DE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA

88.1 Definición, forma y condiciones de presentación

La declaración tributaria es la manifestación de hechos comunicados a la Administración Tributaria en la forma y lugar establecidos por Ley, Reglamento, Resolución de Superintendencia o norma de rango similar, la cual podrá constituir la base para la determinación de la obligación tributaria.

La Administración Tributaria, a solicitud del deudor tributario, podrá autorizar la presentación de la declaración tributaria por medios magnéticos, fax, transferencia electrónica, o por cualquier otro medio que señale, previo cumplimiento de las condiciones que se establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar. Adicionalmente, podrá establecer para determinados deudores la obligación de presentar la declaración en las formas antes mencionadas y en las condiciones que señalen para ello.

Los deudores tributarios deberán consignar en su declaración, en forma correcta y sustentada, los datos solicitados por la Administración Tributaria.

Se presume sin admitir prueba en contrario, que toda declaración tributaria es jurada.

88.2 De la declaración tributaria sustitutoria o rectificatoria

La declaración referida a la determinación de la obligación tributaria podrá ser sustituida dentro del plazo de presentación de la misma. Vencido éste, la declaración podrá ser rectificada, dentro del plazo de prescripción, presentando para tal efecto la declaración rectificatoria respectiva. Transcurrido el plazo de prescripción no podrá presentarse declaración rectificatoria alguna.

La presentación de declaraciones rectificatorias se efectuara en la forma y condiciones que establezca la Administración Tributaria.

La declaración rectificatoria surtirá efecto con su presentación siempre que determine igual o mayor obligación. En caso contrario, surtirá efectos si dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a su presentación la Administración Tributaria no emitiera pronunciamiento sobre la veracidad y exactitud de los datos contenidos en ella, sin perjuicio de la facultad de la Administración Tributaria de efectuar la verificación o fiscalización posterior.

La declaración rectificatoria presentada con posterioridad a la culminación de un procedimiento de fiscalización parcial que comprenda el tributo y período fiscalizado y que rectifique aspectos que no hubieran sido revisados en dicha fiscalización, surtirá efectos desde la fecha de su presentación siempre que determine igual o mayor obligación. En caso contrario, surtirá efectos si dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a su presentación la Administración Tributaria no emitiera pronunciamiento sobre la veracidad y exactitud de los datos contenidos en ella, sin perjuicio de la facultad de la Administración Tributaria de efectuar la verificación o fiscalización posterior.

Cuando la declaración rectificatoria a que se refiere el párrafo anterior surta efectos, la deuda tributaria determinada en el procedimiento de fiscalización parcial que se reduzca o elimine por efecto de dicha declaración no podrá ser materia de un procedimiento de cobranza coactiva, debiendo modificarse o dejarse sin efecto la resolución que la contiene en aplicación de lo

dispuesto en el numeral 2 del artículo 108, lo cual no implicará el desconocimiento de los reparos efectuados en la mencionada fiscalización parcial.

No surtirá efectos aquella declaración rectificatoria presentada con posterioridad al plazo otorgado por la Administración Tributaria según lo dispuesto en el artículo 75 o una vez culminado el proceso de verificación o fiscalización parcial o definitiva, por los aspectos de los tributos y períodos o por los tributos y períodos, respectivamente que hayan sido motivo de verificación o fiscalización, salvo que la declaración rectificatoria determine una mayor obligación."

(122) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

CONCORDANCIAS: D.S. Nº 212-2013-EF, Num. 4.1.1 del Art. 4 (Compensación automática)

R. N° 394-2014-SUNAT (Nueva versión del Programa de Declaración Telemática del Impuesto Selectivo al Consumo)

(123) Artículo 89.- CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En el caso de las personas jurídicas, las obligaciones tributarias deberán ser cumplidas por sus representantes legales.

(123) Artículo sustituido por el Artículo 23 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(124) Artículo 90.- CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LAS ENTIDADES QUE CARECEN DE PERSONERÍA JURÍDICA

En el caso de las entidades que carezcan de personería jurídica, las obligaciones tributarias se cumplirán por quien administre los bienes o en su defecto, por cualquiera de los integrantes de la entidad, sean personas naturales o jurídicas.

(124) Artículo sustituido por el Artículo 23 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(125) Artículo 91.- CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES Y SUCESIONES INDIVISAS

En las sociedades conyugales o sucesiones indivisas, las obligaciones tributarias se cumplirán por los representantes legales, administradores, albaceas o, en su defecto, por cualquiera de los interesados.

(125) Artículo sustituido por el Artículo 23 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

TÍTULO V

DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

(126) Artículo 92.- DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

Los deudores tributarios tienen derecho, entre otros, a: (*)

(*) Encabezado modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Los administrados tienen derecho, entre otros a:"

a) Ser tratados con respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración Tributaria;

(127) b) Exigir la devolución de lo pagado indebidamente o en exceso, de acuerdo con las normas vigentes.

El derecho a la devolución de pagos indebidos o en exceso, en el caso de personas naturales, incluye a los herederos y causahabientes del deudor tributario quienes podrán solicitarlo en los términos establecidos por el Artículo 39.

(127) Literal sustituido por el Artículo 39 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

c) Sustituir o rectificar sus declaraciones juradas, conforme a las disposiciones sobre la materia;

d) Interponer reclamo, apelación, demanda contencioso-administrativa y cualquier otro medio impugnatorio establecido en el presente Código;

(128) e) Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que sea parte así como la identidad de las autoridades de la Administración Tributaria encargadas de éstos y bajo cuya responsabilidad se tramiten aquéllos.

Asimismo, el acceso a los expedientes se rige por lo establecido en el Artículo 131.

(128) Literal sustituido por el Artículo 39 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

f) Solicitar la ampliación de lo resuelto por el Tribunal Fiscal;

g) Solicitar la no aplicación de intereses y sanciones en los casos de duda razonable o dualidad de criterio de acuerdo a lo previsto en el Artículo 170; (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"g) Solicitar la no aplicación de intereses, de la actualización en función al Índice de Precios al Consumidor, de corresponder, y de sanciones en los casos de duda razonable o dualidad de criterio de acuerdo a lo previsto en el Artículo 170."

h) Interponer queja por omisión o demora en resolver los procedimientos tributarios o por cualquier otro incumplimiento a las normas establecidas en el presente Código;

i) Formular consulta a través de las entidades representativas, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 93, y obtener la debida orientación respecto de sus obligaciones tributarias; (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, que entró en vigencia a los 120 días hábiles computados a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley, cuyo texto es el siguiente:

"i) Formular consulta de acuerdo a lo establecido en los artículos 93 y 95-A, y obtener la debida orientación respecto de sus obligaciones tributarias;"

j) La confidencialidad de la información proporcionada a la Administración Tributaria en los términos señalados en el Artículo 85;

k) Solicitar copia de las declaraciones o comunicaciones por él presentadas a la Administración Tributaria;

l) No proporcionar los documentos ya presentados y que se encuentran en poder de la Administración Tributaria;

(129) m) Contar con el asesoramiento particular que consideren necesario, cuando se le requiera su comparecencia, así como a que se le haga entrega de la copia del acta respectiva, luego de finalizado el acto y a su sola solicitud verbal o escrita.

(129) Literal sustituido por el Artículo 39 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

n) Solicitar aplazamiento y/o fraccionamiento de deudas tributarias de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 36;

o) Solicitar a la Administración la prescripción de la deuda tributaria; (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"o) Solicitar a la Administración Tributaria la prescripción de las acciones de la Administración Tributaria previstas en el artículo 43, incluso cuando no hay deuda pendiente de cobranza."

p) Tener un servicio eficiente de la Administración y facilidades necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, de conformidad con las normas vigentes.

(130) q) Designar hasta dos (2) representantes durante el procedimiento de fiscalización, con el fin de tener acceso a la información de los terceros independientes utilizados como comparables por la Administración Tributaria como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia.

(130) Literal incorporado por el Artículo 39 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Asimismo, además de los derechos antes señalados, podrán ejercer los conferidos por la Constitución, por este Código o por leyes específicas.

(126) Artículo sustituido por el Artículo 24 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

Artículo 93.- CONSULTAS INSTITUCIONALES

Las entidades representativas de las actividades económicas, laborales y profesionales, así como las entidades del Sector Público Nacional, podrán formular consultas motivadas sobre el sentido y alcance de las normas tributarias.

Las consultas que no se ajusten a lo establecido en el párrafo precedente serán devueltas no pudiendo originar respuesta del órgano administrador ni a título informativo.

(131) Artículo 94.- PROCEDIMIENTO DE CONSULTAS

Las consultas se presentarán por escrito ante el órgano de la Administración Tributaria competente, el mismo que deberá dar respuesta al consultante en un plazo no mayor de noventa (90) día hábiles computados desde el día hábil siguiente a su presentación. La falta de contestación en dicho plazo no implicará la aceptación de los criterios expresados en el escrito de la consulta.

El pronunciamiento que se emita será de obligatorio cumplimiento para los distintos órganos de la Administración Tributaria.

Tratándose de consultas que por su importancia lo amerite, el órgano de la Administración Tributaria emitirá Resolución de Superintendencia o norma de rango similar, respecto del asunto consultado, la misma que será publicada en el Diario Oficial.

El plazo a que se refiere el primer párrafo del presente artículo no se aplicará en aquellos casos en que para la absolución de la consulta sea necesaria la opinión de otras entidades externas a la Administración Tributaria.

El procedimiento para la atención de las consultas escritas, incluyendo otras excepciones al plazo fijado en el primer párrafo del presente artículo, será establecido mediante Decreto Supremo.

(131) Artículo sustituido por el Artículo 23 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 95.- DEFICIENCIA O FALTA DE PRECISIÓN NORMATIVA

En los casos en que existiera deficiencia o falta de precisión en la norma tributaria, no será aplicable la regla que contiene el artículo anterior, debiendo la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT proceder a la elaboración del proyecto de ley o disposición reglamentaria correspondiente. Cuando se trate de otros órganos de la Administración Tributaria, deberán solicitar la elaboración del proyecto de norma legal o reglamentaria al Ministerio de Economía y Finanzas.

“Artículo 95-A.- CONSULTAS PARTICULARES

El deudor tributario con interés legítimo y directo podrá consultar a la SUNAT sobre el régimen jurídico tributario aplicable a hechos o situaciones concretas, referidas al mismo deudor tributario, vinculados con tributos cuya obligación tributaria no hubiera nacido al momento de la presentación de la consulta o, tratándose de procedimientos aduaneros, respecto de aquellos que no se haya iniciado el trámite del manifiesto de carga o la numeración de la declaración aduanera de mercancías.

La consulta particular será rechazada liminarmente si los hechos o las situaciones materia de consulta han sido materia de una opinión previa de la SUNAT conforme al artículo 93 del presente Código.

La consulta será presentada en la forma, plazo y condiciones que se establezca mediante decreto supremo; debiendo ser devuelta si no se cumple con lo previsto en el presente artículo, en dicho decreto supremo o se encuentre en los supuestos de exclusión que este también establezca. La SUNAT deberá abstenerse de responder a consultas particulares cuando detecte que el hecho o la situación caracterizados que son materia de consulta se encuentren incursas en un

procedimiento de fiscalización o impugnación en la vía administrativa o judicial, aunque referido a otro deudor tributario, según lo establezca el decreto supremo.

La SUNAT podrá solicitar la comparecencia de los deudores tributarios o terceros para que proporcionen la información y documentación que se estime necesaria, otorgando un plazo no menor de cinco (5) días hábiles, más el término de la distancia de ser el caso. La SUNAT dará respuesta al consultante en el plazo que se señale por decreto supremo.

La contestación a la consulta escrita tendrá efectos vinculantes para los distintos órganos de la SUNAT exclusivamente respecto del consultante, en tanto no se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable; no se hubieran alterado los antecedentes o circunstancias del caso consultado; una variable no contemplada en la consulta o su respuesta no determine que el sentido de esta última haya debido ser diferente; o los hechos o situaciones concretas materia de consulta, a criterio de la SUNAT aplicando la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, no correspondan a actos simulados o a supuestos de elusión de normas tributarias.

La presentación de la consulta no eximirá del cumplimiento de las obligaciones tributarias ni interrumpe los plazos establecidos en las normas tributarias para dicho efecto. El consultante no podrá interponer recurso alguno contra la contestación de la consulta, pudiendo hacerlo, de ser el caso, contra el acto o actos administrativos que se dicten en aplicación de los criterios contenidos en ellas.

La información provista por el deudor tributario podrá ser utilizada por la SUNAT para el cumplimiento de su función fiscalizadora que incluye la inspección, la investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios.

Las absoluciones de las consultas particulares serán publicadas en el portal de la SUNAT, en la forma establecida por decreto supremo". (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 6 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, que entró en vigencia a los 120 días hábiles computados a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley.

CONCORDANCIAS: D.S.N° 253-2015-EF (Dictan las normas para la presentación de la consulta particular y regulan los criterios para su implementación progresiva por la SUNAT)

TÍTULO VI

OBLIGACIONES DE TERCEROS

(132) Artículo 96.- OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL Y OTROS

Los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, los funcionarios y servidores públicos, notarios, fedatarios y martilleros públicos, comunicarán y proporcionarán a la Administración Tributaria las informaciones relativas a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a las condiciones que establezca la Administración Tributaria. (*)

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, los funcionarios y servidores públicos, notarios, fedatarios y martilleros públicos, comunicarán y proporcionarán a la Administración Tributaria la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias y adicionalmente, en el caso de la SUNAT, aquella necesaria para prestar y solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria, de la que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a las condiciones que establezca la Administración Tributaria."

De igual forma se encuentran obligados a cumplir con lo solicitado expresamente por la Administración Tributaria, así como a permitir y facilitar el ejercicio de sus funciones.

(132) Artículo sustituido por el Artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 97.- OBLIGACIONES DEL COMPRADOR, USUARIO Y TRANSPORTISTA.

Las personas que compren bienes o reciban servicios están obligadas a exigir que se les entregue los comprobantes de pago por las compras efectuadas o por los servicios recibidos.

(133) Las personas que presten el servicio de transporte de bienes están obligadas a exigir al remitente los comprobantes de pago, guías de remisión y/o documentos que correspondan a los bienes, así como a llevarlos consigo durante el traslado.

(133) Párrafo sustituido por el Artículo 41 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(134) En cualquier caso, el comprador, el usuario y el transportista están obligados a exhibir los referidos comprobantes, guías de remisión y/o documentos a los funcionarios de la Administración Tributaria, cuando fueran requeridos.

(134) Párrafo sustituido por el Artículo 41 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 97.- OBLIGACIONES DEL COMPRADOR, USUARIO, DESTINATARIO Y TRANSPORTISTA

Las personas que compren bienes o reciban servicios están obligadas a exigir que se les entregue los comprobantes de pago por las compras efectuadas o por los servicios recibidos, así como los documentos relacionados directa o indirectamente con estos, ya sean impresos o emitidos electrónicamente.

Las personas que presten el servicio de transporte de bienes están obligadas a exigir al remitente los comprobantes de pago, las guías de remisión y/o los documentos que correspondan a los bienes, así como a:

a) portarlos durante el traslado o,

b) en caso de documentos emitidos y otorgados electrónicamente, facilitar a la SUNAT, a través de cualquier medio, y en la forma y condiciones que aquella señale mediante la resolución respectiva, la información que permita identificar en su base de datos, los documentos que sustentan el traslado, durante este o incluso después de haberse realizado el mismo.

En cualquier caso, el comprador, el usuario y el transportista están obligados, cuando fueran requeridos, a exhibir los referidos comprobantes, guías de remisión y/o documentos a los funcionarios de la administración tributaria o, de ser el caso, a facilitar, a través de cualquier medio, y en la forma y condiciones que indique la SUNAT mediante resolución, cualquier información que permita identificar los documentos que sustentan el traslado.

Además, los destinatarios y los transportistas que indique la SUNAT deberán comunicar a esta, en la forma y condiciones que señale, aspectos relativos a los bienes que se trasladan y/o a la información de los documentos que sustentan el traslado. El incumplimiento de la forma y condiciones, de acuerdo a lo que señale la SUNAT, determinará que se tenga como no presentada la referida comunicación".

TÍTULO VII

TRIBUNAL FISCAL

(135) Artículo 98.- COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL

El Tribunal Fiscal está conformado por:

1. La Presidencia del Tribunal Fiscal, integrada por el Vocal Presidente quien representa al Tribunal Fiscal.

2. La Sala Plena del Tribunal Fiscal, compuesta por todos los Vocales del Tribunal Fiscal. Es el órgano encargado de establecer, mediante acuerdos de Sala Plena, los procedimientos que permitan el mejor desempeño de las funciones del Tribunal Fiscal así como la unificación de los criterios de sus Salas.

La Sala Plena podrá ser convocada de oficio por el Presidente del Tribunal Fiscal o a pedido de cualquiera de las Salas. En caso que el asunto o asuntos a tratarse estuvieran referidos a disposiciones de competencia exclusiva de las Salas especializadas en materia tributaria o de las Salas especializadas en materia aduanera, el Pleno podrá estar integrado exclusivamente por las Salas competentes por razón de la materia, estando presidida por el Presidente del Tribunal Fiscal, quien tendrá voto dirimente.

"Asimismo, el Presidente del Tribunal Fiscal podrá convocar a Sala Plena, de oficio o a petición de los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas, por temas vinculados a asuntos de competencia de éstos. Los Acuerdos de Sala Plena vinculados a estos temas que se ajusten a lo establecido en el Artículo 154 serán recogidos en las resoluciones de la Oficina de Atención de Quejas." (*)

(*) Párrafo incorporado por el Artículo 16 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

3. La Vocalía Administrativa, integrada por un Vocal Administrativo encargado de la función administrativa.

4. Las Salas especializadas, cuyo número será establecido por Decreto Supremo según las necesidades operativas del Tribunal Fiscal. La especialidad de las Salas será establecida por el Presidente del Tribunal Fiscal, quien podrá tener en cuenta la materia, el tributo, el órgano administrador y/o cualquier otro criterio general que justifique la implementación de la especialidad. Cada Sala está conformada por tres (3) vocales, que deberán ser profesionales de reconocida solvencia moral y versación en materia tributaria o aduanera según corresponda, con no menos de cinco (5) años de ejercicio profesional o diez (10) años de experiencia en materia tributaria o aduanera, en su caso, de los cuales uno ejercerá el cargo de Presidente de Sala.

Además contarán con un Secretario Relator de profesión abogado y con asesores en materia tributaria y aduanera.

5. La Oficina de Atención de Quejas, integrada por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas, de profesión abogado.

Los miembros del Tribunal Fiscal señalados en el presente artículo desempeñarán el cargo a tiempo completo y a dedicación exclusiva, estando prohibidos de ejercer su profesión, actividades mercantiles e intervenir en entidades vinculadas con dichas actividades, salvo el ejercicio de la docencia universitaria.

(135) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(136) Artículo 99.- NOMBRAMIENTO Y RATIFICACIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL FISCAL

El Vocal Presidente, Vocal Administrativo y los demás Vocales del Tribunal Fiscal son nombrados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, por un período de tres (03) años.

Corresponde al Presidente del Tribunal Fiscal designar al Presidente de las Salas Especializadas, disponer la conformación de las Salas y proponer a los Secretarios Relatores, cuyo nombramiento se efectuará mediante Resolución Ministerial.

Los miembros del Tribunal Fiscal serán ratificados cada tres (03) años. Sin embargo, serán removidos de sus cargos si incurren en negligencia, incompetencia o inmoralidad, sin perjuicio de las faltas de carácter disciplinario previstas en el Decreto Legislativo Nº 276 y su Reglamento.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se aprueba el procedimiento de nombramiento y ratificación de miembros del Tribunal Fiscal.

(136) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(137) Artículo 100.- DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS VOCALES DEL TRIBUNAL FISCAL

Los Vocales del Tribunal Fiscal, bajo responsabilidad, se abstendrán de resolver en los casos previstos en el Artículo 88 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(137) Artículo sustituido por el Artículo 42 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 101.- FUNCIONAMIENTO Y ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL

(138) Las Salas del Tribunal Fiscal se reunirán con la periodicidad que se establezca por Acuerdo de Sala Plena. Para su funcionamiento se requiere la concurrencia de los tres (3) vocales y para adoptar resoluciones, dos (2) votos conformes, salvo en las materias de menor complejidad que serán resueltas por los vocales del Tribunal Fiscal como órganos unipersonales. Para estos efectos, mediante Acuerdo de Sala Plena se aprobarán las materias consideradas de menor complejidad.

(138) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

Son atribuciones del Tribunal Fiscal:

(139) 1. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra Órdenes de Pago, Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las Resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP. (*)

(139) Numeral sustituido por el Artículo 43 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"1. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra Órdenes de Pago, Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las Resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP.

También podrá conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de Multa que se apliquen por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la asistencia administrativa mutua en materia tributaria."

(140) 2. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones que expida la SUNAT, sobre los derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en la Ley General de Aduanas, su reglamento y normas conexas y los pertinentes al Código Tributario.

(140) Numeral sustituido por el Artículo 43 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

3. Conocer y resolver en última instancia administrativa, las apelaciones respecto de la sanción de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las sanciones que sustituyan a ésta última de acuerdo a lo establecido en el Artículo 183, según lo dispuesto en las normas sobre la materia.

4. Resolver las cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria.

(141) 5. Atender las quejas que presenten los deudores tributarios contra la Administración Tributaria, cuando existan actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código; las que se interpongan de acuerdo con la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como las demás que sean de competencia del Tribunal Fiscal conforme al marco normativo aplicable. (*)

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"5. Atender las quejas que presenten los administrados contra la Administración Tributaria, cuando existan actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código; las que se interpongan de acuerdo con la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como las demás que sean de competencia del Tribunal Fiscal conforme al marco normativo aplicable."

La atención de las referidas quejas será efectuada por la Oficina de Atención de Quejas del Tribunal Fiscal.

(141) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

6. Uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia.

7. Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzgue necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria y aduanera.

8. Resolver en vía de apelación las tercerías que se interpongan con motivo del Procedimiento de Cobranza Coactiva.

(142) 9. Celebrar convenios con otras entidades del Sector Público, a fin de realizar la notificación de sus resoluciones, así como otros que permitan el mejor desarrollo de los procedimientos tributarios.

(142) Numeral incorporado por el Artículo 26 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(143) Artículo 102.- JERARQUÍA DE LAS NORMAS

Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 154.

(143) Artículo sustituido por el Artículo 27 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

"TÍTULO VIII

ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA(*)

(*) Título VIII incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

Artículo 102-A.- FORMAS DE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA TRIBUTARIA

La SUNAT presta y solicita asistencia administrativa mutua en materia tributaria a la autoridad competente según lo señalado en los convenios internacionales y de manera complementaria, de acuerdo a lo dispuesto en el presente Código.

La SUNAT proporciona la información solicitada, aun cuando carezca de interés fiscal y asume que la información solicitada por la autoridad competente es relevante para los fines tributarios del convenio internacional.

La asistencia administrativa comprende las siguientes formas:

a) Intercambio de información, que puede ser a solicitud, espontánea y automática. También puede realizarse por medio de fiscalizaciones simultáneas y en el extranjero.

b) Asistencia en el cobro de deuda tributaria incluyendo el establecimiento de medidas cautelares.

c) Notificación de documentos.

La SUNAT para efecto de solicitar asistencia administrativa mutua en materia tributaria se dirige a la autoridad competente, considerando los plazos de prescripción previstos en el artículo 43.

La información o documentación que la autoridad competente proporcione en el marco de la asistencia administrativa mutua en materia tributaria puede ser utilizada por la SUNAT como medio probatorio para efecto de los procedimientos tributarios o procesos judiciales, salvo disposición en contrario.

Artículo 102-B.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN - ASPECTOS GENERALES

a) La información a que se refiere el artículo 85 es materia de intercambio con la autoridad competente.

b) La información presentada por las empresas del sistema financiero nacional, conforme a lo dispuesto en el numeral 15.3 del artículo 87, es materia de intercambio con la autoridad competente.

c) La transferencia de la información, que realice la SUNAT a la autoridad competente, que corresponda a información calificada como datos personales por la Ley Nº 29733, Ley de Protección de Datos Personales, está comprendida dentro de la autorización legal a que se refiere el numeral 1 del artículo 14 de la citada ley.

d) La información que otro Estado proporcione a la SUNAT en virtud del intercambio de información debe ser utilizada para sus fines como administración tributaria, conforme a su competencia.

e) Para efecto de la notificación de los documentos necesarios para obtener la información a intercambiar se considera que la mención a deudor tributario que se realiza en los artículos 104 y 105 incluye a aquellos sujetos a los que se les requiere información con solo el fin de atender las obligaciones derivadas de la normativa de asistencia administrativa mutua tributaria.

En caso que el sujeto o tercero del cual se deba obtener la información no hubiera o no se encuentre obligado a fijar domicilio fiscal, se considera como tal, para efecto de la aplicación del artículo 104, a aquel domicilio informado por la autoridad competente, siempre que la dirección exista.

Lo dispuesto en el presente inciso también es de aplicación para efecto de lo dispuesto en los demás artículos del presente título.

f) La SUNAT no se encuentra obligada a solicitar información a la autoridad competente, a solicitud de un administrado.

Artículo 102-C.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN A SOLICITUD

La SUNAT proporciona la información tributaria y la documentación de soporte, con la que cuente, a la autoridad competente que lo solicite teniendo en cuenta, de ser el caso, lo dispuesto en los convenios internacionales.

Si la SUNAT no tiene la información solicitada, aplica las facultades previstas en el artículo 62 para requerir tanto dicha información como la documentación que la soporte, directamente al sujeto respecto del cual se debe proporcionar la información o a un tercero.

Artículo 102-D.- INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN

La SUNAT comunica periódicamente, mediante intercambio automático, a la autoridad competente, la información y los datos que se acuerden en los convenios internacionales.

Esta forma de intercambio incluye al intercambio automático de información financiera.

Artículo 102-E.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ESPONTÁNEO

La SUNAT puede intercambiar información de manera espontánea cuando obtuviera información que considere que sea de interés para la autoridad competente.

Artículo 102-F.- INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN MEDIANTE FISCALIZACIONES SIMULTÁNEAS Y EN EL EXTRANJERO

En aplicación de los convenios internacionales, la SUNAT puede acordar, con una o más autoridades competentes, examinar simultáneamente, cada una en su propio territorio y aplicando su normativa interna, la situación fiscal de un(os) sujeto(s), con la finalidad de intercambiar información relevante. Para tal efecto, puede acordar con las referidas autoridades los lineamientos y las acciones de fiscalización a realizar.

También puede acordar que en la fiscalización se encuentren presentes los representantes de la autoridad competente.

Artículo 102-G.- ASISTENCIA EN EL COBRO Y ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES

Cuando la SUNAT en virtud de los convenios internacionales, deba prestar asistencia en el cobro de las deudas tributarias a la autoridad competente, se aplica:

a) Lo dispuesto en el artículo 55.

b) Las disposiciones referidas al pago de la deuda tributaria, considerando:

i. Como deuda tributaria, para efecto del artículo 28, al monto del tributo o de la multa por infracciones tributarias que conste en el documento remitido por la autoridad competente y los intereses comunicados por la citada autoridad.

ii. Como medios de pago aplicables, a los establecidos en los incisos a), b), d) y e) del artículo 32.

iii. En el caso de aquel sujeto obligado al pago de la deuda remitida por la autoridad competente, que a su vez es contribuyente o responsable de tributos administrados por la SUNAT, como lugar de pago a aquellos establecidos para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la SUNAT y como formulario a aquel que esta regule a través de resolución de superintendencia.

iv. En el caso de aquel sujeto que no tuviera la condición de contribuyente o responsable por tributos administrados por la SUNAT, los medios de pago establecidos en los incisos a), b), d) y e) del artículo 32 y como lugar de pago y formulario a utilizar al que para tal efecto se establezca mediante resolución de superintendencia.

c) La asistencia en el cobro por la SUNAT se inicia con una notificación de una Resolución de Ejecución Coactiva al sujeto obligado del monto de la deuda tributaria a su cargo, a fin de que cumpla con realizar el pago en el plazo de siete días hábiles siguientes a la fecha de notificación. Previamente, la SUNAT debe haber notificado el documento remitido por la autoridad competente donde conste la deuda tributaria.

d) Vencido el plazo señalado en el inciso anterior, la SUNAT procederá a ejercer las acciones de cobranza coactiva, para efecto de lo cual el Ejecutor Coactivo a que se refiere el artículo 114 estará facultado a aplicar las disposiciones del Título II del Libro Tercero del presente Código, sus normas reglamentarias y demás normas relacionadas, debiendo considerarse lo siguiente:

i. Como supuesto de deuda exigible a que se refiere el artículo 115 del presente Código, al monto establecido en el documento remitido por la autoridad competente.

La SUNAT asume la exigibilidad de la deuda remitida por lo que, sin perjuicio de lo establecido en el numeral v no procede iniciarse ante la SUNAT procedimiento contencioso tributario alguno respecto de deuda tributaria remitida por la autoridad competente ni solicitudes de prescripción o compensación o devolución de la citada deuda debiendo presentarse dicha solicitud ante la autoridad extranjera.

ii. Cuando el sujeto obligado al pago, adicionalmente, tenga deudas en cobranza coactiva por tributos administrados por la SUNAT y se hubiera dispuesto la acumulación de los procedimientos de cobranza coactiva, el pago se imputará en primer lugar a las deudas emitidas por la SUNAT considerando lo dispuesto en el artículo 31 y el saldo se aplicará a la deuda remitida por la autoridad competente.

iii. Se inicia el procedimiento de cobranza coactiva aun cuando el monto pendiente de pago fuera inferior al monto referido en el último párrafo del artículo 117.

iv. Como supuesto de suspensión temporal del procedimiento de cobranza coactiva referido en el artículo 119, la comunicación que realice el sujeto obligado respecto a:

1. La existencia de un medio impugnatorio o litigio en el país de la autoridad competente contra la deuda tributaria en cobranza.

2. La inexistencia de la deuda tributaria en cobranza.

En ambos casos, la SUNAT debe pedir la opinión de la autoridad competente sobre la comunicación presentada y la continuación del procedimiento, prosiguiéndose las acciones de cobranza cuando esta se pronuncie por la continuación del procedimiento. La respuesta de la autoridad competente, se notifica al sujeto obligado al pago.

v. El procedimiento de cobranza coactiva que realiza la SUNAT concluye por la cancelación de la deuda cuya cobranza ha sido solicitada por la autoridad competente o cuando esta lo solicite.

Cuando la SUNAT solicite a la autoridad competente que la asista en el cobro de la deuda tributaria correspondiente a los tributos a su cargo, el plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda tributaria a que se refiere el numeral 2 del artículo 45 se interrumpe con la presentación de la mencionada solicitud.

En aplicación de los convenios internacionales, el Ejecutor Coactivo únicamente puede adoptar medidas cautelares previas al procedimiento de cobranza coactiva si ello fuera previa y expresamente solicitado por la autoridad competente y el pedido se fundamente en razones que permitan presumir que la cobranza podría devenir en infructuosa según lo establecido en el artículo 56. El plazo de las citadas medidas se computa conforme a lo dispuesto en el artículo 57.

Artículo 102-H.- ASISTENCIA EN LA NOTIFICACIÓN

La SUNAT, al amparo de los convenios internacionales, puede solicitar a la autoridad competente que notifique los documentos que esta hubiera emitido. La notificación que efectúe la autoridad competente, de acuerdo a su normativa, tiene el mismo efecto legal que aquella que hubiera sido realizada por la SUNAT.

Cuando la SUNAT realice la notificación de documentos en virtud de los convenios internacionales, podrá aplicar las formas de notificación establecidas en los artículos 104 y 105. Las citadas notificaciones surten efectos conforme a lo dispuesto en el artículo 106.

Los documentos serán notificados en el idioma en que sean recibidos por la SUNAT, salvo disposición diferente establecida en los convenios internacionales.” (*)

(*) Título VIII incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

LIBRO TERCERO

PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CONCORDANCIAS: R.N° 281-2016-SUNAT, Art. 9 (De la entrega del monto retenido)

(144) Artículo 103.- ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Los actos de la Administración Tributaria serán motivados y constarán en los respectivos instrumentos o documentos.

(144) Artículo sustituido por el Artículo 44 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(145) Artículo 104.- FORMAS DE NOTIFICACIÓN

La Notificación de los actos administrativos se realizará, indistintamente, por cualquiera de las siguientes formas:

(146) a) Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia.

El acuse de recibo deberá contener, como mínimo:

(i) Apellidos y nombres, denominación o razón social del deudor tributario.

(ii) Número de RUC del deudor tributario o número del documento de identificación que corresponda.

(iii) Número de documento que se notifica.

(iv) Nombre de quien recibe y su firma, o la constancia de la negativa.

(v) Fecha en que se realiza la notificación.

La notificación efectuada por medio de este inciso, así como la contemplada en el inciso f), efectuada en el domicilio fiscal, se considera válida mientras el deudor tributario no haya comunicado el cambio del mencionado domicilio.

La notificación con certificación de la negativa a la recepción se entiende realizada cuando el deudor tributario o tercero a quien está dirigida la notificación o cualquier persona mayor de edad y capaz que se encuentre en el domicilio fiscal del destinatario rechace la recepción del documento que se pretende notificar o, recibiéndolo, se niegue a suscribir la constancia respectiva y/o no proporciona sus datos de identificación, sin que sea relevante el motivo de rechazo alegado.

(146) Inciso sustituido por el Artículo 24 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(147) b) Por medio de sistemas de comunicación electrónicos, siempre que se pueda confirmar la entrega por la misma vía.

Tratándose del correo electrónico u otro medio electrónico aprobado por la SUNAT o el Tribunal Fiscal que permita la transmisión o puesta a disposición de un mensaje de datos o documento, la notificación se considerará efectuada al día hábil siguiente a la fecha del depósito del mensaje de datos o documento. (*)

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Tratándose del correo electrónico u otro medio electrónico aprobado por la SUNAT u otras Administraciones Tributarias o el Tribunal Fiscal que permita la transmisión o puesta a disposición de un mensaje de datos o documento, la notificación se considerará efectuada el día hábil siguiente a la fecha del depósito del mensaje de datos o documento."

La SUNAT mediante Resolución de Superintendencia establecerá los requisitos, formas, condiciones, el procedimiento y los sujetos obligados a seguirlo, así como las demás disposiciones necesarias para la notificación por los medios referidos en el segundo párrafo del presente literal.

En el caso del Tribunal Fiscal, el procedimiento, los requisitos, formas y demás condiciones se establecerán mediante Resolución Ministerial del Sector Economía y Finanzas.

"En el caso de expedientes electrónicos, la notificación de los actos administrativos se efectuará bajo la forma prevista en este inciso; salvo en aquellos casos en que se notifique un acto que deba realizarse en forma inmediata de acuerdo a lo establecido en el presente Código, supuesto en el cual se empleará la forma de notificación que corresponda a dicho acto de acuerdo a lo dispuesto en el presente artículo."(*)

(*) Último párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

(147) Inciso modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

CONCORDANCIAS: R.M.N° 270-2013-EF-41, Art. 5 (De la notificación por medio electrónico y de los mecanismos de seguridad)

c) Por constancia administrativa, cuando por cualquier circunstancia el deudor tributario, su representante o apoderado, se haga presente en las oficinas de la Administración Tributaria.

Cuando el deudor tributario tenga la condición de no hallado o de no habido, la notificación por constancia administrativa de los requerimientos de subsanación regulados en los Artículos 23, 140 y 146 podrá efectuarse con la persona que se constituya ante la SUNAT para realizar el referido trámite.

El acuse de la notificación por constancia administrativa deberá contener, como mínimo, los datos indicados en el segundo párrafo del inciso a) y señalar que se utilizó esta forma de notificación.(*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"c) Por constancia administrativa, cuando por cualquier circunstancia el deudor tributario, su representante o apoderado, se haga presente en las oficinas de la Administración Tributaria.

El acuse de notificación por constancia administrativa deberá contener, como mínimo, los datos indicados en el segundo párrafo del inciso a) y señalar que se utilizó esta forma de notificación."

d) Mediante la publicación en la página web de la Administración Tributaria, en los casos de extinción de la deuda tributaria por ser considerada de cobranza dudosa o recuperación onerosa. En defecto de dicha publicación, la Administración Tributaria podrá optar por publicar dicha deuda en el Diario Oficial o en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o, en su defecto, en uno de mayor circulación de dicha localidad.

La publicación a que se refiere el párrafo anterior deberá contener el nombre, denominación o razón social de la persona notificada, el número de RUC o el documento de identidad que corresponda y la numeración del documento en el que consta el acto administrativo.

e) Cuando se tenga la condición de no hallado o no habido o cuando el domicilio del representante de un no domiciliado fuera desconocido, la SUNAT podrá realizar la notificación por cualquiera de las formas siguientes:(*)

(*) Encabezado modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"e) Cuando se tenga la condición de no hallado o no habido o cuando el domicilio del representante de un no domiciliado fuera desconocido, la SUNAT realizará la notificación de la siguiente forma:"

1) Mediante acuse de recibo, entregado de manera personal al deudor tributario, al representante legal o apoderado, o con certificación de la negativa a la recepción efectuada por el encargado de la diligencia, según corresponda, en el lugar en que se los ubique. Tratándose de personas jurídicas o empresas sin personería jurídica, la notificación podrá ser efectuada con el representante legal en el lugar en que se le ubique, con el encargado o con algún dependiente de cualquier establecimiento del deudor tributario o con certificación de la negativa a la recepción, efectuada por el encargado de la diligencia.

2) Mediante la publicación en la página web de la SUNAT o, en el Diario Oficial o, en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o en su defecto, en uno de mayor circulación de dicha localidad.

La publicación a que se refiere el presente numeral, en lo pertinente, deberá contener el nombre, denominación o razón social de la persona notificada, el número de RUC o número del documento de identidad que corresponda, la numeración del documento en el que consta el acto administrativo, así como la mención a su naturaleza, el tipo de tributo o multa, el monto de éstos y

el período o el hecho gravado; así como las menciones a otros actos a que se refiere la notificación.

"3. Por las formas establecidas en los incisos b), c) y f) del presente Artículo. En caso que los actos a notificar sean los requerimientos de subsanación regulados en los Artículos 23, 140 y 146, cuando se emplee la forma de notificación a que se refiere el inciso c), ésta podrá efectuarse con la persona que se constituya ante la SUNAT para realizar el referido trámite." (*)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 16 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

Cuando la notificación no pueda ser realizada en el domicilio fiscal del deudor tributario por cualquier motivo imputable a éste distinto a las situaciones descritas en el primer párrafo de este inciso, podrá emplearse la forma de notificación a que se refiere el numeral 1. Sin embargo, en el caso de la publicación a que se refiere el numeral 2, ésta deberá realizarse en la página web de la Administración y además en el Diario Oficial o en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o, en su defecto, en uno de mayor circulación de dicha localidad.

(148) f) Cuando en el domicilio fiscal no hubiera persona capaz alguna o estuviera cerrado, se fijará un Cedulón en dicho domicilio. Los documentos a notificarse se dejarán en sobre cerrado, bajo la puerta, en el domicilio fiscal.

El acuse de la notificación por Cedulón deberá contener, como mínimo:

(i) Apellidos y nombres, denominación o razón social del deudor tributario.

(ii) Número de RUC del deudor tributario o número del documento de identificación que corresponda.

(iii) Número de documento que se notifica.

(iv) Fecha en que se realiza la notificación.

(v) Dirección del domicilio fiscal donde se realiza la notificación.

(vi) Número de Cedulón.

(vii) El motivo por el cual se utiliza esta forma de notificación.

(viii) La indicación expresa de que se ha procedido a fijar el Cedulón en el domicilio fiscal, y que los documentos a notificar se han dejado en sobre cerrado, bajo la puerta.

(148) Inciso sustituido por el Artículo 24 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

En caso que en el domicilio no se pudiera fijar el Cedulón ni dejar los documentos materia de la notificación, la SUNAT notificará conforme a lo previsto en el inciso e).

Cuando el deudor tributario hubiera fijado un domicilio procesal y la forma de notificación a que se refiere el inciso a) no pueda ser realizada por encontrarse cerrado, hubiera negativa a la recepción, o no existiera persona capaz para la recepción de los documentos, se fijará en el domicilio procesal una constancia de la visita efectuada y se procederá a notificar en el domicilio fiscal. (*)

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Cuando el deudor tributario hubiera optado por señalar un domicilio procesal electrónico y el acto administrativo no corresponda ser notificado de acuerdo a lo dispuesto en el inciso b), la notificación se realizará utilizando la forma que corresponda a dicho acto de acuerdo a lo previsto en el presente artículo. En el caso que el deudor tributario hubiera optado por un domicilio

procesal físico y la forma de notificación a que se refiere el inciso a) no pueda ser realizada por encontrarse cerrado, hubiera negativa a la recepción, o no existiera persona capaz para la recepción de los documentos, se fijará en el domicilio procesal físico una constancia de la visita efectuada y se procederá a notificar en el domicilio fiscal."

Existe notificación tácita cuando no habiéndose verificado notificación alguna o ésta se hubiere realizado sin cumplir con los requisitos legales, la persona a quien ha debido notificarse una actuación efectúa cualquier acto o gestión que demuestre o suponga su conocimiento. Se considerará como fecha de la notificación aquélla en que se practique el respectivo acto o gestión.

Tratándose de las formas de notificación referidas en los incisos a), b), d), f) y la publicación señalada en el numeral 2) del primer párrafo y en el segundo párrafo del inciso e) del presente artículo, la Administración Tributaria deberá efectuar la notificación dentro de un plazo de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha en que emitió el documento materia de la notificación, más el término de la distancia, de ser el caso, excepto cuando se trate de la notificación de la Resolución de Ejecución Coactiva en el supuesto previsto en el numeral 2 del Artículo 57, en el que se aplicará el plazo previsto en el citado numeral.

(149) El Tribunal Fiscal y las Administraciones Tributarias distintas a la SUNAT deberán efectuar la notificación mediante la publicación en el diario oficial o, en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o en su defecto, en uno de mayor circulación de dicha localidad, cuando no haya sido posible efectuarla en el domicilio fiscal del deudor tributario por cualquier motivo imputable a éste. Dicha publicación deberá contener el nombre, denominación o razón social de la persona notificada, el número de RUC o número del documento de identidad que corresponda, la numeración del documento en el que consta el acto administrativo, así como la mención a su naturaleza, el tipo de tributo o multa, el monto de éstos y el período o el hecho gravado; así como las menciones a otros actos a que se refiere la notificación.

(149) Párrafo incorporado por el Artículo 24 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(145) Artículo sustituido por el Artículo 45 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(150) Artículo 105.- NOTIFICACIÓN MEDIANTE LA PÁGINA WEB Y PUBLICACIÓN.

Cuando los actos administrativos afecten a una generalidad de deudores tributarios de una localidad o zona, su notificación podrá hacerse mediante la página web de la Administración Tributaria y en el Diario Oficial o en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o, en su defecto, en uno de los diarios de mayor circulación en dicha localidad.

La publicación a que se refiere el presente numeral, en lo pertinente, deberá contener lo siguiente:

a) En la página web: el nombre, denominación o razón social de la persona notificada, el número de RUC o número del documento de identidad que corresponda, la numeración del documento en el que consta el acto administrativo, así como la mención a su naturaleza, el tipo de tributo o multa, el monto de éstos y el período o el hecho gravado; así como las menciones a otros actos a que se refiere la notificación.

b) En el Diario Oficial o en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o en su defecto, en uno de los diarios de mayor circulación en dicha localidad: el nombre, denominación o razón social de la persona notificada, el número de RUC o número del documento de identidad que corresponda y la remisión a la página web de la Administración Tributaria.

(150) Artículo sustituido por el Artículo 46 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(151) Artículo 106.- EFECTOS DE LAS NOTIFICACIONES

Las notificaciones surtirán efectos desde el día hábil siguiente al de su recepción, entrega o depósito, según sea el caso.

En el caso de las notificaciones a que se refiere el numeral 2) del primer párrafo del inciso e) del Artículo 104 éstas surtirán efectos a partir del día hábil siguiente al de la publicación en el Diario Oficial, en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o en uno de mayor circulación de dicha localidad, aun cuando la entrega del documento en el que conste el acto administrativo notificado que hubiera sido materia de publicación, se produzca con posterioridad.

Las notificaciones a que se refiere el Artículo 105 del presente Código así como la publicación señalada en el segundo párrafo del inciso e) del artículo 104 surtirán efecto desde el día hábil siguiente al de la última publicación, aun cuando la entrega del documento en que conste el acto administrativo notificado se produzca con posterioridad.

Las notificaciones por publicación en la página web surtirán efectos a partir del día hábil siguiente a su incorporación en dicha página.

Por excepción, la notificación surtirá efectos al momento de su recepción cuando se notifiquen resoluciones que ordenan trabar medidas cautelares, requerimientos de exhibición de libros, registros y documentación sustentatoria de operaciones de adquisiciones y ventas que se deban llevar conforme a las disposiciones pertinentes y en los demás actos que se realicen en forma inmediata de acuerdo a lo establecido en este Código.(*)

(151) Artículo sustituido por el Artículo 47 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Por excepción, la notificación surtirá efecto al momento de su recepción cuando se notifiquen resoluciones que ordenan trabar y levantar medidas cautelares, requerimientos de exhibición de libros, registros y documentación sustentatoria de operaciones de adquisiciones y ventas que se deban llevar conforme a las disposiciones pertinentes y en los demás actos que se realicen en forma inmediata de acuerdo a lo establecido en este Código."

CONCORDANCIAS: R.M.N° 270-2013-EF-41, Art. 5 (De la notificación por medio electrónico y de los mecanismos de seguridad)

(152) Artículo 107.- REVOCACIÓN, MODIFICACIÓN O SUSTITUCIÓN DE LOS ACTOS ANTES DE SU NOTIFICACIÓN

Los actos de la Administración Tributaria podrán ser revocados, modificados o sustituidos por otros, antes de su notificación.

Tratándose de la SUNAT, las propias áreas emisoras podrán revocar, modificar o sustituir sus actos, antes de su notificación.

(152) Artículo sustituido por el Artículo 48 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(153) Artículo 108.- REVOCACIÓN, MODIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN O COMPLEMENTACIÓN DE LOS ACTOS DESPUÉS DE LA NOTIFICACIÓN

Después de la notificación, la Administración Tributaria sólo podrá revocar, modificar, sustituir o complementar sus actos en los siguientes casos:

(154) 1. Cuando se detecten los hechos contemplados en el numeral 1 del artículo 178, así como los casos de connivencia entre el personal de la Administración Tributaria y el deudor tributario;

(154) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

2. Cuando la Administración detecte que se han presentado circunstancias posteriores a su emisión que demuestran su improcedencia o cuando se trate de errores materiales, tales como los de redacción o cálculo.

(155) 3. Cuando la SUNAT como resultado de un posterior procedimiento de fiscalización de un mismo tributo y período tributario establezca una menor obligación tributaria. En este caso, los reparos que consten en la resolución de determinación emitida en el procedimiento de fiscalización parcial anterior serán considerados en la posterior resolución que se notifique.

(155) Numeral incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

La Administración Tributaria señalará los casos en que existan circunstancias posteriores a la emisión de sus actos, así como errores materiales, y dictará el procedimiento para revocar, modificar, sustituir o complementar sus actos, según corresponda.

Tratándose de la SUNAT, la revocación, modificación, sustitución o complementación será declarada por la misma área que emitió el acto que se modifica, con excepción del caso de connivencia a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, supuesto en el cual la declaración será expedida por el superior jerárquico del área emisora del acto.

(153) Artículo sustituido por el Artículo 49 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(156) Artículo 109.- NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS

(157) Los actos de la Administración Tributaria son nulos en los casos siguientes:

1. Los dictados por órgano incompetente, en razón de la materia. Para estos efectos, se entiende por órganos competentes a los señalados en el Título I del Libro II del presente Código;

2. Los dictados prescindiendo totalmente del procedimiento legal establecido, o que sean contrarios a la ley o norma con rango inferior;

3. Cuando por disposición administrativa se establezcan infracciones o se apliquen sanciones no previstas en la ley; y,

4. Los actos que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

(157) Párrafo sustituido por el Artículo 25 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Los actos de la Administración Tributaria son anulables cuando:

a) Son dictados sin observar lo previsto en el Artículo 77; y,

b) Tratándose de dependencias o funcionarios de la Administración Tributaria sometidos a jerarquía, cuando el acto hubiere sido emitido sin respetar la referida jerarquía.

Los actos anulables serán válidos siempre que sean convalidados por la dependencia o el funcionario al que le correspondía emitir el acto.

"Los actos de la Administración Tributaria podrán ser declarados nulos de manera total o parcial. La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes a la parte nula, salvo que sea su consecuencia o se encuentren vinculados, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario".(*)

(*) Último párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

(156) Artículo sustituido por el Artículo 50 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(158) Artículo 110.- DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS.

La Administración Tributaria, en cualquier estado del procedimiento administrativo, podrá declarar de oficio la nulidad de los actos que haya dictado o de su notificación, en los casos que corresponda, con arreglo a este Código, siempre que sobre ellos no hubiere recaído resolución definitiva del Tribunal Fiscal o del Poder Judicial.

Los deudores tributarios plantearán la nulidad de los actos mediante el Procedimiento Contencioso Tributario a que se refiere el Título III del presente Libro o mediante la reclamación prevista en el Artículo 163 del presente Código, según corresponda, con excepción de la nulidad del remate de bienes embargados en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, que será planteada en dicho procedimiento.

En este último caso, la nulidad debe ser deducida dentro del plazo de tres (3) días de realizado el remate de los bienes embargados.

(158) Artículo sustituido por el Artículo 51 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 111.- ACTOS EMITIDOS POR SISTEMAS DE COMPUTACIÓN Y SIMILARES

Se reputarán legítimos, salvo prueba en contrario, los actos de la Administración Tributaria realizados mediante la emisión de documentos por sistemas de computación, electrónicos, mecánicos y similares, siempre que esos documentos, sin necesidad de llevar las firmas originales, contengan los datos e informaciones necesarias para la acertada comprensión del contenido del respectivo acto y del origen del mismo. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 111.- UTILIZACIÓN DE SISTEMAS DE COMPUTACIÓN, ELECTRÓNICOS, TELEMÁTICOS, INFORMÁTICOS, MECÁNICOS Y SIMILARES POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La Administración Tributaria podrá utilizar, para sus actuaciones y procedimientos, sistemas electrónicos, telemáticos, informáticos, mecánicos y similares.

Se reputarán legítimos, salvo prueba en contrario, los actos de la administración tributaria realizados mediante la emisión de documentos por los sistemas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que estos, sin necesidad de llevar las firmas originales, contengan los datos e informaciones necesarias para la acertada comprensión del contenido del respectivo acto y del origen del mismo.

Cuando la Administración Tributaria actúe de forma automatizada, deberá indicar el nombre y cargo de la autoridad que lo expide, así como garantizar la identificación de los órganos o unidades orgánicas competentes responsables de dicha actuación, así como de aquellos, que, de corresponder, resolverán las impugnaciones que se interpongan. La Administración Tributaria establecerá las actuaciones y procedimientos de su competencia que se automatizarán, la forma y condiciones de dicha automatización, incluida la regulación de los sistemas electrónicos, telemáticos, informáticos y similares que se utilizarán para tal efecto, así como las demás normas complementarias y reglamentarias necesarias para la aplicación del presente Artículo."

Artículo 112.- PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

Los procedimientos tributarios, además de los que se establezcan por ley, son:

1. Procedimiento de Cobranza Coactiva.

2. Procedimiento Contencioso-Tributario

3. Procedimiento No Contencioso. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 112.- PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

Los procedimientos tributarios, además de los que se establezcan por ley, son:

1. Procedimiento de Fiscalización.

2. Procedimiento de Cobranza Coactiva.

3. Procedimiento Contencioso-Tributario.

4. Procedimiento No Contencioso".

"Artículo 112-A.- FORMA DE LAS ACTUACIONES DE LOS ADMINISTRADOS Y TERCEROS

Las actuaciones que de acuerdo al presente Código o sus normas reglamentarias o complementarias realicen los administrados y terceros ante la SUNAT podrán efectuarse mediante sistemas electrónicos, telemáticos, informáticos de acuerdo a lo que se establezca mediante resolución de superintendencia, teniendo estas la misma validez y eficacia jurídica que las realizadas por medios físicos, en tanto cumplan con lo que se establezca en la resolución de superintendencia correspondiente". (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 6 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014.

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 112-A.- FORMA DE LAS ACTUACIONES DE LOS ADMINISTRADOS Y TERCEROS

Las actuaciones que de acuerdo al presente Código o sus normas reglamentarias o complementarias realicen los administrados y terceros ante la Administración Tributaria o el Tribunal Fiscal podrán efectuarse mediante sistemas electrónicos, telemáticos, informáticos, teniendo estas la misma validez y eficacia jurídica que las realizadas por medios físicos, en tanto cumplan con lo que se establezca en las normas que se aprueben al respecto. Tratándose de SUNAT, estas normas se aprobarán mediante resolución de superintendencia, y tratándose del Tribunal Fiscal, mediante resolución ministerial del Sector Economía y Finanzas."

"Artículo 112-B.- EXPEDIENTES GENERADOS EN LAS ACTUACIONES Y PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS DE LA SUNAT

La SUNAT regula, mediante resolución de superintendencia, la forma y condiciones en que serán llevados y archivados los expedientes de las actuaciones y procedimientos tributarios, asegurando la accesibilidad a estos.

La utilización de sistemas electrónicos, telemáticos o informáticos para el llevado o conservación del expediente electrónico que se origine en los procedimientos tributarios o actuaciones, que sean llevados de manera total o parcial en dichos medios, deberá respetar los principios de accesibilidad e igualdad y garantizar la protección de los datos personales de acuerdo a lo establecido en las normas sobre la materia, así como el reconocimiento de los documentos emitidos por los referidos sistemas.

Para dicho efecto:

a) Los documentos electrónicos que se generen en estos procedimientos o actuaciones tendrán la misma validez y eficacia que los documentos en soporte físico.

b) Las representaciones impresas de los documentos electrónicos tendrán validez ante cualquier entidad siempre que para su expedición se utilicen los mecanismos que aseguren su identificación como representaciones del original que la SUNAT conserva.

c) La elevación o remisión de expedientes o documentos podrá ser sustituida para todo efecto legal por la puesta a disposición del expediente electrónico o de dichos documentos.

d) Cuando en el presente Código se haga referencia a la presentación o exhibiciones en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados esta se entenderá cumplida, de ser el caso, con la presentación o exhibición que se realice en aquella dirección o sitio electrónico que la SUNAT defina como el canal de comunicación entre el administrado y ella". (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 6 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014.

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 112-B.- EXPEDIENTES GENERADOS EN LAS ACTUACIONES Y PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

La utilización de sistemas electrónicos, telemáticos o informáticos para el llevado o conservación del expediente electrónico que se origine en los procedimientos tributarios o actuaciones, que sean llevados de manera total o parcial en dichos medios, deberá respetar los principios de accesibilidad e igualdad y garantizar la protección de los datos personales de acuerdo a lo establecido en las normas sobre la materia, así como el reconocimiento de los documentos emitidos por los referidos sistemas.

Para dicho efecto:

a) Los documentos electrónicos que se generen en estos procedimientos o actuaciones tendrán la misma validez y eficacia que los documentos en soporte físico.

b) Las representaciones impresas de los documentos electrónicos tendrán validez ante cualquier entidad siempre que para su expedición se utilicen los mecanismos que aseguren su identificación como representaciones del original que la Administración Tributaria o el Tribunal Fiscal conservan.

c) La elevación o remisión de expedientes o documentos podrá ser sustituida para todo efecto legal por la puesta a disposición del expediente electrónico o de dichos documentos.

d) Si el procedimiento se inicia directamente en el Tribunal Fiscal, la presentación de documentos, la remisión de expedientes, y cualquier otra actuación referida a dicho procedimiento, podrá ser sustituida para todo efecto legal por la utilización de sistemas electrónicos, telemáticos o informáticos.

Si el procedimiento se inicia en la Administración Tributaria, la elevación o remisión de expedientes electrónicos o documentos electrónicos entre la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal, se efectuará según las reglas que se establezcan para su implementación mediante convenio celebrado al amparo de lo previsto en el numeral 9 del artículo 101.

En cualquier caso, los requerimientos que efectúe el Tribunal Fiscal tanto a la Administración Tributaria como a los administrados, podrá efectuarse mediante la utilización de sistemas electrónicos, telemáticos o informáticos.

e) Cuando en el presente Código se haga referencia a la presentación o exhibiciones en las oficinas fiscales o ante los funcionarios autorizados esta se entenderá cumplida, de ser el caso, con la presentación o exhibición que se realice en aquella dirección o sitio electrónico que la Administración Tributaria defina como el canal de comunicación entre el administrado y ella.

La SUNAT regula mediante resolución de superintendencia la forma y condiciones en que serán llevados y archivados los expedientes de las actuaciones y procedimientos tributarios, asegurando la accesibilidad a estos.

El Tribunal Fiscal, mediante Acuerdo de Sala Plena regula la forma y condiciones en que se registrarán los expedientes y documentos electrónicos, así como las disposiciones que regulen el acceso a dichos expedientes y documentos, garantizando la reserva tributaria."

Artículo 113.- APLICACIÓN SUPLETORIA

Las disposiciones generales establecidas en el presente Título son aplicables a los actos de la Administración Tributaria contenidos en el Libro anterior.

TÍTULO II

PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

(159) Artículo 114.- COBRANZA COACTIVA COMO FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la Administración Tributaria, se ejerce a través del Ejecutor Coactivo, quien actuará en el procedimiento de cobranza coactiva con la colaboración de los Auxiliares Coactivos.

(160) El procedimiento de cobranza coactiva de la SUNAT se regirá por las normas contenidas en el presente Código Tributario.

(160) Párrafo sustituido por el Artículo 26 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

La SUNAT aprobará mediante Resolución de Superintendencia la norma que reglamente el Procedimiento de Cobranza Coactiva respecto de los tributos que administra o recauda.

Para acceder al cargo de Ejecutor Coactivo se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;

b) Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley;

c) No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso;

d) No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales por medidas disciplinarias, ni de la actividad privada por causa o falta grave laboral;

e) Tener conocimiento y experiencia en derecho administrativo y/o tributario;

f) Ser funcionario de la Administración Tributaria; y,

g) No tener ninguna otra incompatibilidad señalada por ley.

Para acceder al cargo de Auxiliar Coactivo, se deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;

b) Acreditar como mínimo el grado de Bachiller en las especialidades tales como Derecho, Contabilidad, Economía o Administración;

c) No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso;

d) No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales por medidas disciplinarias, ni de la actividad privada por causa o falta grave laboral;

e) Tener conocimiento y experiencia en derecho administrativo y/o tributario;

f) No tener vínculo de parentesco con el Ejecutor, hasta el cuarto grado de consanguinidad y/o segundo de afinidad;

g) Ser funcionario de la Administración Tributaria; y

h) No tener ninguna otra incompatibilidad señalada por ley.

(161) Los Ejecutores Coactivos y Auxiliares Coactivos podrán realizar otras funciones que la Administración Tributaria les designe.

(161) Párrafo sustituido por el Artículo 26 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(159) Artículo sustituido por el Artículo 52 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(162) Artículo 115.- DEUDA EXIGIBLE EN COBRANZA COACTIVA

La deuda exigible dará lugar a las acciones de coerción para su cobranza. A este fin se considera deuda exigible:

a) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa o la contenida en la Resolución de pérdida del fraccionamiento notificadas por la Administración y no reclamadas en el plazo de ley. En el supuesto de la resolución de pérdida de fraccionamiento se mantendrá la condición de deuda exigible si efectuándose la reclamación dentro del plazo, no se continúa con el pago de las cuotas de fraccionamiento.

b) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa reclamadas fuera del plazo establecido para la interposición del recurso, siempre que no se cumpla con presentar la Carta Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en el Artículo 137.

c) La establecida por Resolución no apelada en el plazo de ley, o apelada fuera del plazo legal, siempre que no se cumpla con presentar la Carta Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en el Artículo 146, o la establecida por Resolución del Tribunal Fiscal.

d) La que conste en Orden de Pago notificada conforme a ley.

e) Las costas y los gastos en que la Administración hubiera incurrido en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, y en la aplicación de sanciones no pecuniarias de conformidad con las normas vigentes.

También es deuda exigible coactivamente, los gastos incurridos en las medidas cautelares previas trabadas al amparo de lo dispuesto en los Artículos 56 al 58 siempre que se hubiera iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva conforme con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 117, respecto de la deuda tributaria comprendida en las mencionadas medidas.

Para el cobro de las costas se requiere que éstas se encuentren fijadas en el Arancel de Costas del Procedimiento de Cobranza Coactiva que se apruebe mediante resolución de la Administración Tributaria; mientras que para el cobro de los gastos se requiere que éstos se encuentren sustentados con la documentación correspondiente. Cualquier pago indebido o en exceso de ambos conceptos será devuelto por la Administración Tributaria. (*)

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Para el cobro de las costas se requiere que éstas se encuentren fijadas en el arancel de costas del procedimiento de cobranza coactiva que apruebe la administración tributaria; mientras que para el cobro de los gastos se requiere que éstos se encuentren sustentados con la documentación correspondiente. Cualquier pago indebido o en exceso de ambos conceptos será devuelto por la Administración Tributaria."

"La SUNAT no cobrará costas ni los gastos en que incurra en el procedimiento de cobranza coactiva, en la adopción de medidas cautelares previas a dicho procedimiento o en la aplicación de las sanciones no pecuniarias a que se refieren los Artículos 182 y 184." (*)

(*) Párrafo incorporado por el Artículo 16 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

(162) Artículo sustituido por el Artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

CONCORDANCIAS: D.S.N° 069-2015-PCM, Art. 11 (Información sobre deudas tributarias ante la SUNAT)

(163) Artículo 116.- FACULTADES DEL EJECUTOR COACTIVO

La Administración Tributaria, a través del Ejecutor Coactivo, ejerce las acciones de coerción para el cobro de las deudas exigibles a que se refiere el artículo anterior. Para ello, el Ejecutor Coactivo tendrá, entre otras, las siguientes facultades:

1. Verificar la exigibilidad de la deuda tributaria a fin de iniciar el Procedimiento de Cobranza Coactiva.

2. Ordenar, variar o sustituir a su discreción, las medidas cautelares a que se refiere el Artículo 118. De oficio, el Ejecutor Coactivo dejará sin efecto las medidas cautelares que se hubieren trabado, en la parte que superen el monto necesario para cautelar el pago de la deuda tributaria materia de cobranza, así como las costas y gastos incurridos en el Procedimiento de Cobranza Coactiva.(*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"2. Ordenar, variar o sustituir a su discreción las medidas cautelares a que se refiere el Artículo 118. De oficio, el Ejecutor Coactivo dejará sin efecto las medidas cautelares que se hubieren trabado, en la parte que superen el monto necesario para cautelar el pago de la deuda tributaria materia de cobranza, así como las costas y gastos incurridos en el procedimiento de cobranza coactiva, cuando corresponda."

3. Dictar cualquier otra disposición destinada a cautelar el pago de la deuda tributaria, tales como comunicaciones, publicaciones y requerimientos de información de los deudores, a las entidades públicas o privadas, bajo responsabilidad de las mismas.

4. Ejecutar las garantías otorgadas en favor de la Administración por los deudores tributarios y/o terceros, cuando corresponda, con arreglo al procedimiento convenido o, en su defecto, al que establezca la ley de la materia.

5. Suspender o concluir el Procedimiento de Cobranza Coactiva conforme a lo dispuesto en el Artículo 119.

6. Disponer en el lugar que considere conveniente, luego de iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva, la colocación de carteles, afiches u otros similares alusivos a las medidas cautelares que se hubieren adoptado, debiendo permanecer colocados durante el plazo en el que se aplique la medida cautelar, bajo responsabilidad del ejecutado.

7. Dar fe de los actos en los que interviene en el ejercicio de sus funciones.

8. Disponer la devolución de los bienes embargados, cuando el Tribunal Fiscal lo establezca, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8) del Artículo 101, así como en los casos que corresponda de acuerdo a ley.

9. Declarar de oficio o a petición de parte, la nulidad de la Resolución de Ejecución Coactiva de incumplir ésta con los requisitos señalados en el Artículo 117, así como la nulidad del remate, en los casos en que no cumpla los requisitos que se establezcan en el Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva. En caso del remate, la nulidad deberá ser presentada por el deudor tributario dentro del tercer día hábil de realizado el remate.

10. Dejar sin efecto toda carga o gravamen que pese sobre los bienes que hayan sido transferidos en el acto de remate, excepto la anotación de la demanda.

11. Admitir y resolver la Intervención Excluyente de Propiedad.

12. Ordenar, en el Procedimiento de Cobranza Coactiva, el remate de los bienes embargados.

13. Ordenar las medidas cautelares previas al Procedimiento de Cobranza Coactiva previstas en los Artículos 56 al 58 y excepcionalmente, de acuerdo a lo señalado en los citados artículos, disponer el remate de los bienes perecederos.

14. Requerir al tercero la información que acredite la veracidad de la existencia o no de créditos pendientes de pago al deudor tributario.

(164) Las Los Auxiliares Coactivos tiene como función colaborar con el Ejecutor Coactivo. Para tal efecto, podrán ejercer las facultades señaladas en los numerales 6. y 7. así como las demás funciones que se establezcan mediante Resolución de Superintendencia.

(164) Párrafo sustituido por el Artículo 27 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(163) Artículo sustituido por el Artículo 54 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 117.- PROCEDIMIENTO

El Procedimiento de Cobranza Coactiva es iniciado por el Ejecutor Coactivo mediante la notificación al deudor tributario de la Resolución de Ejecución Coactiva, que contiene un mandato de cancelación de las Ordenes de Pago o Resoluciones en cobranza, dentro de siete (7) días hábiles, bajo apercibimiento de dictarse medidas cautelares o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas, en caso que éstas ya se hubieran dictado.

La Resolución de Ejecución Coactiva deberá contener, bajo sanción de nulidad:

1. El nombre del deudor tributario.

2. El número de la Orden de Pago o Resolución objeto de la cobranza.

3. La cuantía del tributo o multa, según corresponda, así como de los intereses y el monto total de la deuda.

4. El tributo o multa y período a que corresponde.

La nulidad únicamente estará referida a la Orden de Pago o Resolución objeto de cobranza respecto de la cual se omitió alguno de los requisitos antes señalados.

En el procedimiento, el Ejecutor Coactivo no admitirá escritos que entorpezcan o dilaten su trámite, bajo responsabilidad.

(165) El ejecutado está obligado a pagar a la Administración las costas y gastos originados en el Procedimiento de Cobranza Coactiva desde el momento de la notificación de la Resolución de Ejecución Coactiva, salvo que la cobranza se hubiese iniciado indebidamente. Los pagos que se realicen durante el citado procedimiento deberán imputarse en primer lugar a las costas y gastos antes mencionados, de acuerdo a lo establecido en el Arancel aprobado y siempre que los gastos hayan sido liquidados por la Administración Tributaria, la que podrá ser representada por un funcionario designado para dicha finalidad.(*)

(165) Párrafo sustituido por el Artículo 32 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(*) Quinto párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Excepto en el caso de la SUNAT, el ejecutado está obligado a pagar, las costas y gastos en que la Administración Tributaria hubiera incurrido en el procedimiento de cobranza coactiva desde el momento de la notificación de la Resolución de Ejecución Coactiva, salvo que la cobranza se hubiese iniciado indebidamente. Los pagos que se realicen durante el citado procedimiento deberán imputarse en primer lugar a las costas y gastos antes mencionados de acuerdo a lo establecido en el arancel aprobado y siempre que los gastos hayan sido liquidados por la Administración Tributaria, la que podrá ser representada por un funcionario designado para dicha finalidad."

Teniendo como base el costo del proceso de cobranza que establezca la Administración y por economía procesal, no se iniciarán acciones coactivas respecto de aquellas deudas que por su

monto así lo considere, quedando expedito el derecho de la Administración a iniciar el Procedimiento de Cobranza Coactiva, por acumulación de dichas deudas, cuando lo estime pertinente.

(166) Artículo 118.- MEDIDAS CAUTELARES - MEDIDA CAUTELAR GENÉRICA

a) Vencido el plazo de siete (7) días, el Ejecutor Coactivo podrá disponer se trabe las medidas cautelares previstas en el presente artículo, que considere necesarias. Además, podrá adoptar otras medidas no contempladas en el presente artículo, siempre que asegure de la forma más adecuada el pago de la deuda tributaria materia de la cobranza.

Para efecto de lo señalado en el párrafo anterior notificará las medidas cautelares, las que surtirán sus efectos desde el momento de su recepción y señalara cualesquiera de los bienes y/o derechos del deudor tributario, aun cuando se encuentren en poder de un tercero.

El Ejecutor Coactivo podrá ordenar, sin orden de prelación, cualquiera de las formas de embargo siguientes:

1. En forma de intervención en recaudación, en información o en administración de bienes, debiendo entenderse con el representante de la empresa o negocio.

2. En forma de depósito, con o sin extracción de bienes, el que se ejecutará sobre los bienes y/o derechos que se encuentren en cualquier establecimiento, inclusive los comerciales o industriales, u oficinas de profesionales independientes, aun cuando se encuentren en poder de un tercero, incluso cuando los citados bienes estuvieran siendo transportados, para lo cual el Ejecutor Coactivo o el Auxiliar Coactivo podrán designar como depositario o custodio de los bienes al deudor tributario, a un tercero o a la Administración Tributaria.

Cuando los bienes conformantes de la unidad de producción o comercio, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio, se podrá trabar, desde el inicio, el embargo en forma de depósito con extracción, así como cualesquiera de las medidas cautelares a que se refiere el presente artículo.

Respecto de los bienes que se encuentren dentro de la unidad de producción o comercio, se trabará inicialmente embargo en forma de depósito sin extracción de bienes. En este supuesto, sólo vencidos treinta (30) días de trabada la medida, el Ejecutor Coactivo podrá adoptar el embargo en forma de depósito con extracción de bienes, salvo que el deudor tributario ofrezca otros bienes o garantías que sean suficientes para cautelar el pago de la deuda tributaria. Si no se hubiera trabado el embargo en forma de depósito sin extracción de bienes por haberse frustrado la diligencia, el Ejecutor Coactivo, sólo después de transcurrido quince (15) días desde la fecha en que se frustró la diligencia, procederá a adoptar el embargo con extracción de bienes.

Cuando se trate de bienes inmuebles no inscritos en Registros Públicos, el Ejecutor Coactivo podrá trabar embargo en forma de depósito respecto de los citados bienes, debiendo nombrarse al deudor tributario como depositario.

(167) El Ejecutor Coactivo, a solicitud del deudor tributario, podrá sustituir los bienes por otros de igual o mayor valor.

(167) Párrafo incorporado por el Artículo 28 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

3. En forma de inscripción, debiendo anotarse en el Registro Público u otro registro, según corresponda. El importe de tasas registrales u otros derechos, deberá ser pagado por la Administración Tributaria con el producto del remate, luego de obtenido éste, o por el interesado con ocasión del levantamiento de la medida.

4. En forma de retención, en cuyo caso recae sobre los bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el deudor tributario sea titular, que se encuentren en poder de terceros.

La medida podrá ejecutarse mediante la diligencia de toma de dicho o notificando al tercero, a efectos que se retenga el pago a la orden de la Administración Tributaria. En ambos casos, el tercero se encuentra obligado a poner en conocimiento del Ejecutor Coactivo la retención

o la imposibilidad de ésta en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de notificada la resolución, bajo pena de incurrir en la infracción tipificada en el numeral 5) del Artículo 177.

El tercero no podrá informar al ejecutado de la ejecución de la medida hasta que se realice la misma.

Si el tercero niega la existencia de créditos y/o bienes, aun cuando éstos existan, estará obligado a pagar el monto que omitió retener, bajo apercibimiento de declarársele responsable solidario de acuerdo a lo señalado en el inciso a) del numeral 3 del Artículo 18; sin perjuicio de la sanción correspondiente a la infracción tipificada en el numeral 6) del Artículo 177 y de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

Si el tercero incumple la orden de retener y paga al ejecutado o a un designado por cuenta de aquél, estará obligado a pagar a la Administración Tributaria el monto que debió retener bajo apercibimiento de declarársele responsable solidario, de acuerdo a lo señalado en el numeral 3 del Artículo 18.

La medida se mantendrá por el monto que el Ejecutor Coactivo ordenó retener al tercero y hasta su entrega a la Administración Tributaria.

El tercero que efectúe la retención deberá entregar a la Administración Tributaria los montos retenidos, bajo apercibimiento de declarársele responsable solidario según lo dispuesto en el numeral 3 del Artículo 18, sin perjuicio de aplicársele la sanción correspondiente a la infracción tipificada en el numeral 6 del Artículo 178.

En caso que el embargo no cubra la deuda, podrá comprender nuevas cuentas, depósitos, custodia u otros de propiedad del ejecutado.

b) Los Ejecutores Coactivos de la SUNAT, podrán hacer uso de medidas como el descerraje o similares, previa autorización judicial. Para tal efecto, deberán cursar solicitud motivada ante cualquier Juez Especializado en lo Civil, quien debe resolver en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte, bajo responsabilidad.

c) Sin perjuicio de lo señalado en los Artículos 56 al 58, las medidas cautelares trabadas al amparo del presente artículo no están sujetas a plazo de caducidad.

(168) d) Sin perjuicio de lo dispuesto en los Decretos Legislativos Nos. 931 y 932, las medidas cautelares previstas en el presente artículo podrán ser trabadas, de ser el caso, por medio de sistemas informáticos.

(169) Para efecto de lo dispuesto en el párrafo anterior, mediante Resolución de Superintendencia se establecerán los sujetos obligados a utilizar el sistema informático que proporcione la SUNAT así como la forma, plazo y condiciones en que se deberá cumplir el embargo.

(169) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012.

(168) Inciso incorporado por el Artículo 28 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(166) Artículo sustituido por el Artículo 55 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(170) Artículo 119.- SUSPENSIÓN Y CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA

Ninguna autoridad ni órgano administrativo, político, ni judicial podrá suspender o concluir el Procedimiento de Cobranza Coactiva en trámite con excepción del Ejecutor Coactivo quien deberá actuar conforme con lo siguiente:

(171) a) El Ejecutor Coactivo suspenderá temporalmente el Procedimiento de Cobranza Coactiva, en los casos siguientes:

1. Cuando en un proceso constitucional de amparo se hubiera dictado una medida cautelar que ordene la suspensión de la cobranza conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional.

2. Cuando una ley o norma con rango de ley lo disponga expresamente.

3. Excepcionalmente, tratándose de Órdenes de pago, y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente y siempre que la reclamación se hubiera interpuesto dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la Orden de Pago. En este caso, la Administración deberá admitir y resolver la reclamación dentro del plazo de noventa (90) días hábiles, bajo responsabilidad del órgano competente. La suspensión deberá mantenerse hasta que la deuda sea exigible de conformidad con lo establecido en el artículo 115.

Para la admisión a trámite de la reclamación se requiere, además de los requisitos establecidos en este Código, que el reclamante acredite que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que se realice el pago.

En los casos en que se hubiera trabado una medida cautelar y se disponga la suspensión temporal, se sustituirá la medida cuando, a criterio de la Administración Tributaria, se hubiera ofrecido garantía suficiente o bienes libres a ser embargados por el Ejecutor Coactivo cuyo valor sea igual o mayor al monto de la deuda reclamada más las costas y los gastos. (*)

(171) Inciso sustituido por el Artículo 29 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"En los casos en que se hubiera trabado una medida cautelar y se disponga la suspensión temporal, se sustituirá la medida cuando, a criterio de la Administración Tributaria, se hubiera ofrecido garantía suficiente o bienes libres a ser embargados por el Ejecutor Coactivo cuyo valor

sea igual o mayor al monto de la deuda reclamada y, cuando corresponda, al de las costas y gastos."

b) El Ejecutor Coactivo deberá dar por concluido el procedimiento, levantar los embargos y ordenar el archivo de los actuados, cuando:

1. Se hubiera presentado oportunamente reclamación o apelación contra la Resolución de Determinación o Resolución de Multa que contenga la deuda tributaria puesta en cobranza, o Resolución que declara la pérdida de fraccionamiento, siempre que se continúe pagando las cuotas de fraccionamiento.

2. La deuda haya quedado extinguida por cualquiera de los medios señalados en el Artículo 27.

3. Se declare la prescripción de la deuda puesta en cobranza.

4. La acción se siga contra persona distinta a la obligada al pago.

5. Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago.

6. Las Órdenes de Pago o resoluciones que son materia de cobranza hayan sido declaradas nulas, revocadas o sustituidas después de la notificación de la Resolución de Ejecución Coactiva.

7. Cuando la persona obligada haya sido declarada en quiebra.

8. Cuando una ley o norma con rango de ley lo disponga expresamente.

9. Cuando el deudor tributario hubiera presentado reclamación o apelación vencidos los plazos establecidos para la interposición de dichos recursos, cumpliendo con presentar la Carta

Fianza respectiva conforme con lo dispuesto en los Artículos 137 o 146.

c) Tratándose de deudores tributarios sujetos a un Procedimiento Concursal, el Ejecutor Coactivo suspenderá o concluirá el Procedimiento de Cobranza Coactiva, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de la materia.

En cualquier caso que se interponga reclamación fuera del plazo de ley, la calidad de deuda exigible se mantendrá aún cuando el deudor tributario apele la resolución que declare inadmisible dicho recurso.

(170) Artículo sustituido por el Artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

(172) Artículo 120.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD

El tercero que sea propietario de bienes embargados, podrá interponer Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

a) Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

b) Admitida la Intervención Excluyente de Propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y remitirá el escrito presentado por el tercero para que el ejecutado emita su pronunciamiento en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

Excepcionalmente, cuando los bienes embargados corran el riesgo de deterioro o pérdida por caso fortuito o fuerza mayor o por otra causa no imputable al depositario, el Ejecutor Coactivo podrá ordenar el remate inmediato de dichos bienes consignando el monto obtenido en el Banco de la Nación hasta el resultado final de la Intervención Excluyente de Propiedad.

c) Con la respuesta del deudor tributario o sin ella, el Ejecutor Coactivo emitirá su pronunciamiento en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.

d) La resolución dictada por el Ejecutor Coactivo es apelable ante el Tribunal Fiscal en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la citada resolución.

La apelación será presentada ante la Administración Tributaria y será elevada al Tribunal Fiscal en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la apelación, siempre que ésta haya sido presentada dentro del plazo señalado en el párrafo anterior.

e) Si el tercero no hubiera interpuesto la apelación en el mencionado plazo, la resolución del Ejecutor Coactivo, quedará firme.

f) El Tribunal Fiscal está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia del documento a que se refiere el literal a) del presente artículo.

(173) g) El Tribunal Fiscal debe resolver la apelación interpuesta contra la resolución dictada por el Ejecutor Coactivo en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al Tribunal.

(173) Inciso sustituido por el Artículo 30 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(174) h) El apelante podrá solicitar el uso de la palabra dentro de los cinco (5) días hábiles de interpuesto el escrito de apelación. La Administración podrá solicitarlo, únicamente, en el documento con el que eleva el expediente al Tribunal. En tal sentido, en el caso de los expedientes

sobre intervención excluyente de propiedad, no es de aplicación el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 150.

(174) Inciso incorporado por el Artículo 30 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(175) i) La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, pudiendo las partes contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial.

(175) Inciso incorporado por el Artículo 30 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(176) j) Durante la tramitación de la intervención excluyente de propiedad o recurso de apelación, presentados oportunamente, la Administración debe suspender cualquier actuación tendiente a ejecutar los embargos trabados respecto de los bienes cuya propiedad está en discusión.

(176) Inciso incorporado por el Artículo 30 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(172) Artículo sustituido por el Artículo 57 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(177) Artículo 121.- TASACIÓN Y REMATE

La tasación de los bienes embargados se efectuará por un (1) perito perteneciente a la Administración Tributaria o designado por ella. Dicha tasación no se llevará a cabo cuando el obligado y la Administración Tributaria hayan convenido en el valor del bien o éste tenga cotización en el mercado de valores o similares.

(178) Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el Ejecutor Coactivo convocará a remate de los bienes embargados, sobre la base de las dos terceras partes del valor de tasación. Si

en la primera convocatoria no se presentan postores, se realizará una segunda en la que la base de la postura será reducida en un quince por ciento (15%). Si en la segunda convocatoria tampoco se presentan postores, se convocará a un tercer remate, teniendo en cuenta que:

a. Tratándose de bienes muebles, no se señalará precio base.

b. Tratándose de bienes inmuebles, se reducirá el precio base en un 15% adicional. De no presentarse postores, el Ejecutor Coactivo, sin levantar el embargo, dispondrá una nueva tasación y remate bajo las mismas normas.

(178) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

El remanente que se origine después de rematados los bienes embargados será entregado al ejecutado.

El Ejecutor Coactivo, dentro del procedimiento de cobranza coactiva, ordenará el remate inmediato de los bienes embargados cuando éstos corran el riesgo de deterioro o pérdida por caso fortuito o fuerza mayor o por otra causa no imputable al depositario.

Excepcionalmente, cuando se produzcan los supuestos previstos en los Artículos 56 ó 58, el Ejecutor Coactivo podrá ordenar el remate de los bienes perecederos.

El Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de bienes cuando se produzca algún supuesto para la suspensión o conclusión del procedimiento de cobranza coactiva previstos en este Código o cuando se hubiera interpuesto Intervención Excluyente de Propiedad, salvo que el Ejecutor Coactivo hubiera ordenado el remate, respecto de los bienes comprendidos en el segundo párrafo del inciso b) del artículo anterior; o cuando el deudor otorgue garantía que, a criterio del Ejecutor, sea suficiente para el pago de la totalidad de la deuda en cobranza.

(179) Excepcionalmente, tratándose de deudas tributarias a favor del Gobierno Central materia de un procedimiento de cobranza coactiva en el que no se presenten postores en el tercer remate a que se refiere el inciso b) del segundo párrafo del presente artículo, el Ejecutor Coactivo adjudicará al Gobierno Central representado por la Superintendencia de Bienes Nacionales, el bien inmueble correspondiente, siempre que cuente con la autorización del Ministerio de Economía y Finanzas, por el valor del precio base de la tercera convocatoria, y se cumplan en forma concurrente los siguientes requisitos:

a. El monto total de la deuda tributaria constituya ingreso del Tesoro Público y sumada a las costas y gastos administrativos del procedimiento de cobranza coactiva, sea mayor o igual al valor del precio base de la tercera convocatoria.(*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"a. El monto total de la deuda tributaria que constituya ingreso del Tesoro Público sea mayor o igual al valor del precio base de la tercera convocatoria."

b. El bien inmueble se encuentre debidamente inscrito en los Registros Públicos.

c. El bien inmueble se encuentre libre de gravámenes, salvo que dichos gravámenes sean a favor de la SUNAT.

(179) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(180) Para tal efecto, la SUNAT realizará la comunicación respectiva al Ministerio de Economía y Finanzas para que éste, atendiendo a las necesidades de infraestructura del Sector Público, en el plazo de treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de dicha comunicación, emita la autorización correspondiente. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera emitido la indicada autorización o de denegarse ésta, el Ejecutor Coactivo, sin levantar el embargo, dispondrá una nueva tasación y remate del inmueble bajo las reglas establecidas en el segundo párrafo del presente artículo.

(180) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(181) De optarse por la adjudicación del bien inmueble, la SUNAT extinguirá la deuda tributaria que constituya ingreso del Tesoro Público y las costas y gastos administrativos a la fecha de adjudicación, hasta por el valor del precio base de la tercera convocatoria y el Ejecutor Coactivo deberá levantar el embargo que pese sobre el bien inmueble correspondiente.(*)

(181) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(*) Noveno párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"De optarse por la adjudicación del bien inmueble, la SUNAT extinguirá la deuda tributaria que constituya ingreso del Tesoro Público a la fecha de adjudicación, hasta por el valor del precio base de la tercera convocatoria y el ejecutor coactivo deberá levantar el embargo que pese sobre el bien inmueble correspondiente."

(182) Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se establecerá las normas necesarias para la aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes respecto de la adjudicación.

(182) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(177) Artículo sustituido por el Artículo 58 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(183) Artículo 121-A.- ABANDONO DE BIENES MUEBLES EMBARGADOS

Se produce el abandono de los bienes muebles que hubieran sido embargados y no retirados de los almacenes de la Administración Tributaria en un plazo de treinta (30) días hábiles, en los siguientes casos:

a) Cuando habiendo sido adjudicados los bienes en remate y el adjudicatario hubiera cancelado el valor de los bienes, no los retire del lugar en que se encuentren.

b) Cuando el Ejecutor Coactivo hubiera levantado las medidas cautelares trabadas sobre los bienes materia de la medida cautelar y el ejecutado, o el tercero que tenga derecho sobre dichos bienes, no los retire del lugar en que se encuentren.

El abandono se configurará por el sólo mandato de la ley, sin el requisito previo de expedición de resolución administrativa correspondiente, ni de notificación o aviso por la Administración Tributaria.

El plazo, a que se refiere el primer párrafo, se computará a partir del día siguiente de la fecha de remate o de la fecha de notificación de la resolución emitida por el Ejecutor Coactivo en la que ponga el bien a disposición del ejecutado o del tercero.

Para proceder al retiro de los bienes, el adjudicatario, el ejecutado o el tercero, de ser el caso, deberán cancelar los gastos de almacenaje generados hasta la fecha de entrega así como las costas, según corresponda.(*)

(*) Cuarto párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Para proceder al retiro de los bienes, el adjudicatario, el ejecutado o el tercero, de ser el caso, deberán cancelar, excepto en el caso de la SUNAT, los gastos de almacenaje generados hasta la fecha de entrega así como las costas, según corresponda."

(184) De haber transcurrido el plazo señalado para el retiro de los bienes, sin que éste se produzca, éstos se considerarán abandonados, debiendo ser rematados o destruidos cuando el estado de los bienes lo amerite. Si habiéndose procedido al acto de remate no se realizara la venta, los bienes serán destinados a entidades públicas o donados por la Administración Tributaria a Instituciones oficialmente reconocidas sin fines de lucro dedicadas a actividades asistenciales, educacionales o religiosas, quienes deberán destinarlos a sus fines propios no pudiendo transferirlos hasta dentro de un plazo de dos (2) años. En este caso los ingresos de la transferencia, también deberán ser destinados a los fines propios de la entidad o institución beneficiada.

(184) Párrafo sustituido por el Artículo 31 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

El producto del remate se imputará en primer lugar a los gastos incurridos por la Administración Tributaria por concepto de almacenaje.(*)

(*) Sexto párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"El producto del remate se imputará en primer lugar a los gastos incurridos por la Administración Tributaria por concepto de almacenaje, con excepción de los remates ordenados por la SUNAT, en los que no se cobrará los referidos gastos."

Tratándose de deudores tributarios sujetos a un Procedimiento Concursal, la devolución de los bienes se realizará de acuerdo a lo dispuesto en las normas de la materia. En este caso, cuando hubiera transcurrido el plazo señalado en el primer párrafo para el retiro de los bienes, sin que éste se produzca, se seguirá el procedimiento señalado en el quinto párrafo del presente artículo.

(183) Artículo incorporado por el Artículo 59 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 122.- RECURSO DE APELACIÓN

Sólo después de terminado el Procedimiento de Cobranza Coactiva, el ejecutado podrá interponer recurso de apelación ante la Corte Superior dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la resolución que pone fin al procedimiento de cobranza coactiva.

Al resolver la Corte Superior examinará únicamente si se ha cumplido el Procedimiento de Cobranza Coactiva conforme a ley, sin que pueda entrar al análisis del fondo del asunto o de la procedencia de la cobranza. Ninguna acción ni recurso podrá contrariar estas disposiciones ni aplicarse tampoco contra el Procedimiento de Cobranza Coactiva el Artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 123.- APOYO DE AUTORIDADES POLICIALES O ADMINISTRATIVAS

Para facilitar la cobranza coactiva, las autoridades policiales o administrativas prestarán su apoyo inmediato, bajo sanción de destitución, sin costo alguno.

TÍTULO III

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO - TRIBUTARIO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 124.- ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-TRIBUTARIO

Son etapas del Procedimiento Contencioso-Tributario:

a) La reclamación ante la Administración Tributaria.

b) La apelación ante el Tribunal Fiscal.

Cuando la resolución sobre las reclamaciones haya sido emitida por órgano sometido a jerarquía, los reclamantes deberán apelar ante el superior jerárquico antes de recurrir al Tribunal Fiscal.

En ningún caso podrá haber más de dos instancias antes de recurrir al Tribunal Fiscal.

(185) ARTÍCULO 125.- MEDIOS PROBATORIOS

Los únicos medios probatorios que pueden actuarse en la vía administrativa son los documentos, la pericia y la inspección del órgano encargado de resolver, los cuales serán valorados por dicho órgano, conjuntamente con las manifestaciones obtenidas por la Administración Tributaria.

El plazo para ofrecer las pruebas y actuar las mismas será de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se interpone el recurso de reclamación o apelación. El vencimiento de dicho plazo no requiere declaración expresa, no siendo necesario que la Administración Tributaria requiera la actuación de las pruebas ofrecidas por el deudor tributario. Tratándose de las resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, el plazo para ofrecer y actuar las pruebas será de cuarenta y cinco (45) días hábiles. Asimismo, en el caso de las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, el plazo para ofrecer y actuar las pruebas será de cinco (5) días hábiles.

Para la presentación de medios probatorios, el requerimiento del órgano encargado de resolver será formulado por escrito, otorgando un plazo no menor de dos (2) días hábiles.

(185) Artículo sustituido por el Artículo 60 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 126.- PRUEBAS DE OFICIO

Para mejor resolver el órgano encargado podrá, en cualquier estado del procedimiento, ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias y solicitar los informes necesarios para el mejor esclarecimiento de la cuestión a resolver.

(186) En el caso de la pericia, su costo estará a cargo de la Administración Tributaria cuando sea ésta quien la solicite a las entidades técnicas para mejor resolver la reclamación presentada. Si la Administración Tributaria en cumplimiento del mandato del Tribunal Fiscal solicita peritajes a otras entidades técnicas o cuando el Tribunal Fiscal disponga la realización de peritajes, el costo de la pericia será asumido en montos iguales por la Administración Tributaria y el apelante.

(186) Párrafo incorporado por el Artículo 32 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(187) Para efectos de lo señalado en el párrafo anterior se estará a lo dispuesto en el numeral 176.2 del artículo 176 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo que preferentemente el peritaje debe ser solicitado a las Universidades Públicas.

(187) Párrafo incorporado por el Artículo 32 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 127.- FACULTAD DE REEXAMEN

El órgano encargado de resolver está facultado para hacer un nuevo examen completo de los aspectos del asunto controvertido, hayan sido o no planteados por los interesados, llevando a efecto cuando sea pertinente nuevas comprobaciones.

(188) Mediante la facultad de reexamen el órgano encargado de resolver sólo puede modificar los reparos efectuados en la etapa de fiscalización o verificación que hayan sido impugnados, para incrementar sus montos o para disminuirlos.

(188) Párrafo incorporado por el Artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(189) En caso de incrementar el monto del reparo o reparos impugnados, el órgano encargado de resolver la reclamación comunicará el incremento al impugnante a fin que formule sus alegatos dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. A partir del día en que se formuló los alegatos el deudor tributario tendrá un plazo de treinta (30) días hábiles para ofrecer y actuar los medios probatorios que considere pertinentes, debiendo la Administración Tributaria resolver el reclamo en un plazo no mayor de nueve (9) meses contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación.

(189) Párrafo incorporado por el Artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(190) Por medio del reexamen no pueden imponerse nuevas sanciones.

(190) Párrafo incorporado por el Artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(191) Contra la resolución que resuelve el recurso de reclamación incrementando el monto de los reparos impugnados sólo cabe interponer el recurso de apelación.

(191) Párrafo incorporado por el Artículo 33 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Artículo 128.- DEFECTO O DEFICIENCIA DE LA LEY

Los órganos encargados de resolver no pueden abstenerse de dictar resolución por deficiencia de la ley.

Artículo 129.- CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones expresarán los fundamentos de hecho y de derecho que les sirven de base, y decidirán sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuantas suscite el expediente.(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 129.- CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones expresarán los fundamentos de hecho y de derecho que les sirven de base, y decidirán sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuantas suscite el expediente. En caso contrario, será de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 150."

(192) Artículo 130.- DESISTIMIENTO

El deudor tributario podrá desistirse de sus recursos en cualquier etapa del procedimiento.

El desistimiento en el procedimiento de reclamación o de apelación es incondicional e implica el desistimiento de la pretensión.

El desistimiento de una reclamación interpuesta contra una resolución ficta denegatoria de devolución o de una apelación interpuesta contra dicha resolución ficta, tiene como efecto que la Administración Tributaria se pronuncie sobre la devolución o la reclamación que el deudor tributario consideró denegada.

El escrito de desistimiento deberá presentarse con firma legalizada del contribuyente o representante legal. La legalización podrá efectuarse ante notario o fedatario de la Administración Tributaria.

Es potestativo del órgano encargado de resolver aceptar el desistimiento.

En lo no contemplado expresamente en el presente artículo, se aplicará la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(192) Artículo sustituido por el Artículo 61 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(193) Artículo 131.- PUBLICIDAD DE LOS EXPEDIENTES

Tratándose de procedimientos contenciosos y no contenciosos, los deudores tributarios o sus representantes o apoderados tendrán acceso a los expedientes en los que son parte, con excepción de aquella información de terceros que se encuentra comprendida en la reserva tributaria.

Tratándose de procedimientos de verificación o fiscalización, los deudores tributarios o sus representantes o apoderados tendrán acceso únicamente a los expedientes en los que son parte y se encuentren culminados, con excepción de aquella información de terceros que se encuentra comprendida en la reserva tributaria.

Los terceros que no sean parte podrán acceder únicamente a aquellos expedientes de procedimientos tributarios que hayan agotado la vía contencioso administrativa ante el Poder Judicial, siempre que se cumpla con lo dispuesto por el literal b) del Artículo 85.

(193) Artículo sustituido por el Artículo 62 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CAPÍTULO II

RECLAMACIÓN

Artículo 132.- FACULTAD PARA INTERPONER RECLAMACIONES

Los deudores tributarios directamente afectados por actos de la Administración Tributaria podrán interponer reclamación.

(194) Artículo 133.- ÓRGANOS COMPETENTES

Conocerán de la reclamación en primera instancia:

1. La SUNAT respecto a los tributos que administre. (*)

(*) Numeral 1) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"1. La SUNAT respecto a los tributos que administre y a las Resoluciones de Multa que se apliquen por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la asistencia administrativa mutua en materia tributaria."

2. Los Gobiernos Locales.

3. Otros que la ley señale.

(194) Artículo sustituido por el Artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 134.- IMPROCEDENCIA DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIA

La competencia de los órganos de resolución de reclamaciones a que se refiere el artículo anterior no puede ser extendida ni delegada a otras entidades.

Artículo 135.- ACTOS RECLAMABLES

Puede ser objeto de reclamación la Resolución de Determinación, la Orden de Pago y la Resolución de Multa.

(195) También son reclamables la resolución ficta sobre recursos no contenciosos y las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan y los actos que tengan relación directa con la

determinación de la deuda Tributaria. Asimismo, serán reclamables, las resoluciones que resuelvan las solicitudes de devolución y aquéllas que determinan la pérdida del fraccionamiento de carácter general o particular.

(195) Párrafo sustituido por el Artículo 64 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 136.- REQUISITO DEL PAGO PREVIO PARA INTERPONER RECLAMACIONES

Tratándose de Resoluciones de Determinación y de Multa, para interponer reclamación no es requisito el pago previo de la deuda tributaria por la parte que constituye motivo de la reclamación; pero para que ésta sea aceptada, el reclamante deberá acreditar que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que realice el pago.

(196) Para interponer reclamación contra la Orden de Pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que realice el pago, excepto en el caso establecido en el numeral 3 del inciso a) del Artículo 119.

(196) Párrafo sustituido por el Artículo 64 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(197) Artículo 137.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

La reclamación se iniciará de acuerdo a los requisitos y condiciones siguientes:

1. Se deberá interponer a través de un escrito fundamentado y autorizado por letrado en los lugares donde la defensa fuera cautiva, el que, además, deberá contener el nombre del abogado que lo autoriza, su firma y número de registro hábil. A dicho escrito se deberá adjuntar la Hoja de Información Sumaria correspondiente, de acuerdo al formato que hubiera sido aprobado mediante Resolución de Superintendencia. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"1. Se deberá interponer a través de un escrito fundamentado."

(198) 2. Plazo: Tratándose de reclamaciones contra Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, resoluciones que resuelven las solicitudes de devolución, resoluciones que determinan la pérdida del fraccionamiento general o particular y los actos que tengan relación directa con la determinación de la deuda tributaria, éstas se presentarán en el término improrrogable de veinte (20) días hábiles computados desde el día hábil siguiente a aquél en que se notificó el acto o resolución recurrida. De no interponerse las reclamaciones contra las resoluciones que determinan la pérdida del fraccionamiento general o particular y contra los actos vinculados con la determinación de la deuda dentro del plazo antes citado, dichas resoluciones y actos quedarán firmes.

Tratándose de las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, la reclamación se presentará en el plazo de cinco (5) días hábiles computados desde el día hábil siguiente a aquél en que se notificó la resolución recurrida.

En el caso de las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, de no interponerse el recurso de reclamación en el plazo antes mencionado, éstas quedarán firmes.

La reclamación contra la resolución ficta denegatoria de devolución podrá interponerse vencido el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a que se refiere el segundo párrafo del artículo 163.

(198) Numeral sustituido por el Artículo 34 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(199) 3. Pago o carta fianza: Cuando las Resoluciones de Determinación y de Multa se reclamen vencido el señalado término de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la

totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por nueve (9) meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de nueve (9) meses, debiendo renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"3. Pago o carta fianza: Cuando las Resoluciones de Determinación y de Multa se reclamen vencido el señalado término de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por nueve (9) meses posteriores a la fecha de la interposición de la reclamación, con una vigencia de nueve (9) meses, debiendo renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración Tributaria. Los plazos de nueve (9) meses variarán a doce (12) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, y a veinte (20) días hábiles tratándose de reclamaciones contra resoluciones de multa que sustituyan a aquellas que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes."

En caso la Administración declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, éste deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el monto de la deuda actualizada, y por los plazos y períodos señalados precedentemente. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Si existiera algún saldo a favor del deudor tributario, como consecuencia de la ejecución de la carta fianza, será devuelto de oficio. Los plazos señalados en nueve (9) meses variarán a doce (12) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia. (*)

(*) Penúltimo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"En caso la Administración Tributaria declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, éste deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el monto de la deuda actualizada, y por los plazos y períodos señalados en el penúltimo párrafo del artículo 146. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Si existiera algún saldo a favor del deudor tributario, como consecuencia de la ejecución de la carta fianza, será devuelta de oficio."

Las condiciones de la carta fianza, así como el procedimiento para su presentación serán establecidas por la Administración Tributaria mediante Resolución de Superintendencia, o norma de rango similar.

(199) Numeral modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

(197) Artículo sustituido por el Artículo 65 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 138.- Artículo derogado por el Artículo 100 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(200) Artículo 139.- RECLAMACIÓN CONTRA RESOLUCIONES DE DIVERSA NATURALEZA

Para reclamar resoluciones de diversa naturaleza, el deudor tributario deberá interponer recursos independientes.

Los deudores tributarios podrán interponer reclamación en forma conjunta respecto de Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, Órdenes de Pago u otros actos emitidos por la Administración Tributaria que tengan relación directa con la determinación de la deuda tributaria, siempre que éstos tengan vinculación entre sí.

(200) Artículo sustituido por el Artículo 35 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(201) Artículo 140.- SUBSANACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

(202) La Administración Tributaria notificará al reclamante para que, dentro del término de quince (15) días hábiles, subsane las omisiones que pudieran existir cuando el recurso de reclamación no cumpla con los requisitos para su admisión a trámite. Tratándose de las resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las que las sustituyan, el término para subsanar dichas omisiones será de cinco (5) días hábiles.

(202) Párrafo sustituido por el Artículo 66 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Vencidos dichos términos sin la subsanación correspondiente, se declarará inadmisible la reclamación, salvo cuando las deficiencias no sean sustanciales, en cuyo caso la Administración Tributaria podrá subsanarlas de oficio.

Cuando se haya reclamado mediante un solo recurso dos o más resoluciones de la misma naturaleza y alguna de éstas no cumpla con los requisitos previstos en la ley, el recurso será admitido a trámite sólo respecto de las resoluciones que cumplan con dichos requisitos, declarándose la inadmisibilidad respecto de las demás.

(201) Artículo sustituido por el Artículo 38 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(203) Artículo 141.- MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORÁNEOS

(204) No se admitirá como medio probatorio bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración Tributaria durante el proceso de verificación o fiscalización no hubiera sido presentado y/o exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se

generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera por dicho monto, actualizada hasta por nueve (9) meses o doce (12) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, posteriores de la fecha de la interposición de la reclamación. (*)

(204) Párrafo modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"No se admitirá como medio probatorio bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración Tributaria durante el proceso de verificación o fiscalización no hubiera sido presentado y/o exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera u otra garantía por dicho monto que la Administración Tributaria establezca por Resolución de Superintendencia, actualizada hasta por nueve (9) meses o doce (12) meses tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia o veinte (20) días hábiles tratándose de la reclamación de resoluciones de multa que sustituyan a aquellas que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, posteriores de la fecha de la interposición de la reclamación."

(205) En caso de que la Administración declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, éste deberá mantener la vigencia de la carta fianza durante la etapa de la apelación por el mismo monto, plazos y períodos señalados en el Artículo 137. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Si existiera algún saldo a favor del deudor tributario, como consecuencia de la ejecución de la carta fianza, será devuelto de oficio.(*)

(205) Párrafo sustituido por el Artículo 67 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"En caso la Administración Tributaria declare infundada o fundada en parte la reclamación y el deudor tributario apele dicha resolución, éste deberá mantener la vigencia de la carta fianza bancaria o financiera u otra garantía durante la etapa de la apelación por el monto, plazos y períodos señalados en el Artículo 148. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Si existiera algún saldo a favor del deudor tributario, como consecuencia de la ejecución de la carta fianza, será devuelto de oficio."

(206) Las condiciones de la carta fianza, así como el procedimiento para su presentación, serán establecidas por la Administración Tributaria mediante Resolución de Superintendencia, o norma de rango similar.

(206) Párrafo incorporado por el Artículo 15 de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.

(203) Artículo sustituido por el Artículo 39 de la Ley Nº 27038, publicado el 31 de diciembre de 1998.

(207) ARTÍCULO 142.- PLAZO PARA RESOLVER RECLAMACIONES

(208) La Administración Tributaria resolverá las reclamaciones dentro del plazo máximo de nueve (9) meses, incluido el plazo probatorio, contado a partir de la fecha de presentación del recurso de reclamación. Tratándose de la reclamación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, la Administración resolverá las reclamaciones dentro del plazo de doce (12) meses, incluido el plazo probatorio, contado a partir de la fecha de presentación del recurso de reclamación. Asimismo, en el caso de las reclamaciones contra resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, la Administración las

resolverá dentro del plazo de veinte (20) días hábiles, incluido el plazo probatorio, contado a partir de la fecha de presentación del recurso de reclamación.

(208) Párrafo sustituido por el Artículo 36 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

La Administración Tributaria resolverá dentro del plazo máximo de dos (2) meses, las reclamaciones que el deudor tributario hubiera interpuesto respecto de la denegatoria tácita de solicitudes de devolución de saldos a favor de los exportadores y de pagos indebidos o en exceso.

Tratándose de reclamaciones que sean declaradas fundadas o de cuestiones de puro derecho, la Administración Tributaria podrá resolver las mismas antes del vencimiento del plazo probatorio.

Cuando la Administración requiera al interesado para que dé cumplimiento a un trámite, el cómputo de los referidos plazos se suspende, desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación del requerimiento hasta la de su cumplimiento.

(207) Artículo sustituido por el Artículo 68 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CAPÍTULO III

APELACIÓN Y QUEJA

(209) Artículo 143.- ÓRGANO COMPETENTE

El Tribunal Fiscal es el órgano encargado de resolver en última instancia administrativa las reclamaciones sobre materia tributaria, general y local, inclusive la relativa a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP, así como las apelaciones sobre materia de tributación aduanera.

(209) Artículo sustituido por el Artículo 69 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 144.- (210) RECURSOS CONTRA LA DENEGATORIA FICTA QUE DESESTIMA LA RECLAMACIÓN

(210) Epígrafe modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(211) Cuando se formule una reclamación ante la Administración Tributaria y ésta no notifique su decisión en los plazos previstos en el primer y segundo párrafos del artículo 142, el interesado puede considerar desestimada la reclamación, pudiendo hacer uso de los recursos siguientes:

1. Interponer apelación ante el superior jerárquico, si se trata de una reclamación y la decisión debía ser adoptada por un órgano sometido a jerarquía.

2. Interponer apelación ante el Tribunal Fiscal, si se trata de una reclamación y la decisión debía ser adoptada por un órgano respecto del cual puede recurrirse directamente al Tribunal Fiscal.

(211) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(212) También procede la formulación de la queja a que se refiere el Artículo 155 cuando el Tribunal Fiscal, sin causa justificada, no resuelva dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del Artículo 150.

(212) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(213) Artículo 145.- PRESENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El recurso de apelación deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada el cual, sólo en el caso que se cumpla con los requisitos de admisibilidad establecidos para este recurso, elevará el expediente al Tribunal Fiscal dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la apelación. Tratándose de la apelación de resoluciones que resuelvan los reclamos sobre sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, se elevará el expediente al Tribunal Fiscal dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la apelación.

(213) Artículo sustituido por el Artículo 71 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(214) Artículo 146 REQUISITOS DE LA APELACIÓN

La apelación de la resolución ante el Tribunal Fiscal deberá formularse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que se efectuó su notificación, mediante un escrito fundamentado y autorizado por letrado en los lugares donde la defensa fuera cautiva, el cual deberá contener el nombre del abogado que lo autoriza, su firma y número de registro hábil. Asimismo, se deberá adjuntar al escrito, la hoja de información sumaria correspondiente, de acuerdo al formato que hubiera sido aprobado mediante Resolución de Superintendencia. Tratándose de la apelación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, el plazo para apelar será de treinta (30) días hábiles siguientes a aquél en que se efectuó su notificación certificada. (*)

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"La apelación de la resolución ante el Tribunal Fiscal deberá formularse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que efectuó su notificación, mediante un escrito fundamentado. El administrado deberá afiliarse a la notificación por medio electrónico del Tribunal Fiscal, conforme a lo establecido mediante resolución ministerial del Sector Economía y Finanzas. Tratándose de la apelación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, el plazo para apelar será de treinta (30) días hábiles siguientes a aquél en que se efectuó la notificación."

La Administración Tributaria notificará al apelante para que dentro del término de quince (15) días hábiles subsane las omisiones que pudieran existir cuando el recurso de apelación no cumpla con los requisitos para su admisión a trámite. Asimismo, tratándose de apelaciones contra la resolución que resuelve la reclamación de resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, la Administración Tributaria notificará al apelante para que dentro del término de cinco (5) días hábiles subsane dichas omisiones.

Vencido dichos términos sin la subsanación correspondiente, se declarará inadmisible la apelación.

Para interponer la apelación no es requisito el pago previo de la deuda tributaria por la parte que constituye el motivo de la apelación, pero para que ésta sea aceptada, el apelante deberá acreditar que ha abonado la parte no apelada actualizada hasta la fecha en que se realice el pago.

(215) La apelación será admitida vencido el plazo señalado en el primer párrafo, siempre que se acredite el pago de la totalidad de la deuda tributaria apelada actualizada hasta la fecha de pago o se presente carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por doce (12) meses posteriores a la fecha de la interposición de la apelación, y se formule dentro del término de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación certificada. La referida carta fianza debe otorgarse por un período de doce (12) meses y renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Los plazos señalados en doce (12) meses variarán a dieciocho (18) meses tratándose de la apelación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia. (*)

(215) Párrafo modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

(*) Penúltimo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"La apelación será admitida vencido el plazo señalado en el primer párrafo, siempre que se acredite el pago de la totalidad de la deuda tributaria apelada actualizada hasta la fecha de pago o se presente carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por doce (12) meses posteriores a la fecha de la interposición de la apelación, y se formule dentro del término de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a aquél en que se efectuó la notificación. La referida carta fianza debe otorgarse por un período de doce (12) meses y renovarse por períodos similares dentro del plazo que señale la Administración Tributaria. La carta fianza será ejecutada si el Tribunal Fiscal confirma o revoca en parte la resolución apelada, o si ésta no hubiese sido renovada de acuerdo a las condiciones señaladas por la Administración Tributaria. Los plazos señalados en doce (12) meses variarán a dieciocho (18) meses tratándose de la apelación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, y a veinte (20) días hábiles tratándose de apelación de resoluciones emitidas contra resoluciones de multa que sustituyan comiso, internamiento de bienes o cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes."

Las condiciones de la carta fianza, así como el procedimiento para su presentación serán establecidas por la Administración Tributaria mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar.

(214) Artículo sustituido por el Artículo 71 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 147.- ASPECTOS INIMPUGNABLES

Al interponer apelación ante el Tribunal Fiscal, el recurrente no podrá discutir aspectos que no impugnó al reclamar, a no ser que, no figurando en la Orden de Pago o Resolución de la Administración Tributaria, hubieran sido incorporados por ésta al resolver la reclamación.

(216) Artículo 148.- MEDIOS PROBATORIOS ADMISIBLES

No se admitirá como medio probatorio ante el Tribunal Fiscal la documentación que habiendo sido requerida en primera instancia no hubiera sido presentada y/o exhibida por el deudor tributario. Sin embargo, dicho órgano resolutor deberá admitir y actuar aquellas pruebas en las que el deudor tributario demuestre que la omisión de su presentación no se generó por su causa. Asimismo, el Tribunal Fiscal deberá aceptarlas cuando el deudor tributario acredite la cancelación del monto impugnado vinculado a las pruebas no presentadas y/o exhibidas por el

deudor tributario en primera instancia, el cual deberá encontrarse actualizado a la fecha de pago. (*)

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"No se admitirá como medio probatorio ante el Tribunal Fiscal la documentación que habiendo sido requerida en primera instancia no hubiera sido presentada y/o exhibida por el deudor tributario. Sin embargo, dicho órgano resolutor deberá admitir y actuar aquellas pruebas en las que el deudor tributario demuestre que la omisión de su presentación no se generó por su causa. Asimismo, el Tribunal Fiscal deberá aceptarlas cuando el deudor tributario acredite la cancelación del monto impugnado vinculado a las pruebas no presentadas y/o exhibidas por el deudor tributario en primera instancia, el cual deberá encontrarse actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera por dicho monto, actualizado hasta por doce (12) meses, o dieciocho (18) meses tratándose de la apelación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de normas de precios de transferencia, o veinte (20) días hábiles tratándose de apelación de resoluciones que resuelven reclamaciones contra resoluciones de multa que sustituyan a aquellas que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficinas de profesionales independientes; posteriores a la fecha de interposición de la apelación."

Tampoco podrá actuarse medios probatorios que no hubieran sido ofrecidos en primera instancia, salvo el caso contemplado en el Artículo 147.

(216) Artículo sustituido por el Artículo 72 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 149.- ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA COMO PARTE

La Administración Tributaria será considerada parte en el procedimiento de apelación, pudiendo contestar la apelación, presentar medios probatorios y demás actuaciones que correspondan.

(217) Artículo 150.- PLAZO PARA RESOLVER LA APELACIÓN

El Tribunal Fiscal resolverá las apelaciones dentro del plazo de doce meses (12) meses contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al Tribunal. Tratándose de la apelación de resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia, el Tribunal Fiscal resolverá las apelaciones dentro del plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al Tribunal.

La Administración Tributaria o el apelante podrán solicitar el uso de la palabra dentro de los cuarenticinco (45) días hábiles de interpuesto el recurso de apelación, contados a partir del día de presentación del recurso, debiendo el Tribunal Fiscal señalar una misma fecha y hora para el informe de ambas partes. (*)

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"La Administración Tributaria o el apelante podrán solicitar el uso de la palabra dentro de los treinta (30) días hábiles de interpuesto el recurso de apelación, contados a partir del día de presentación del recurso, debiendo el Tribunal Fiscal señalar una misma fecha y hora para el informe de ambas partes."

En el caso de apelaciones interpuestas contra resoluciones que resuelvan las reclamaciones contra aquéllas que establezcan sanciones de internamiento temporal de vehículos, comiso de bienes y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, la Administración Tributaria o el apelante podrán solicitar el uso de la palabra dentro de los cinco (5) días hábiles de interpuesto el recurso de apelación.

El Tribunal Fiscal no concederá el uso de la palabra:

- Cuando considere que las apelaciones de puro derecho presentadas no califican como tales.

- Cuando declare la nulidad del concesorio de la apelación.

- Cuando considere de aplicación el último párrafo del presente artículo.

- En las quejas.

- En las solicitudes presentadas al amparo del artículo 153. (*)

(*) Cuarto párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"El Tribunal Fiscal no concederá el uso de la palabra:

- Cuando considere que las apelaciones de puro derecho presentadas no califican como tales.

- Cuando declare la nulidad del concesorio de la apelación.

- En las quejas.

- En las solicitudes presentadas al amparo del artículo 153."

(218) Las partes pueden presentar alegatos dentro de los tres (3) días posteriores a la realización del informe oral. En el caso de intervenciones excluyentes de propiedad, dicho plazo será de un (1) día. Asimismo, en los expedientes de apelación, las partes pueden presentar alegatos dentro de los dos meses siguientes a la presentación de su recurso y/o hasta la fecha de emisión de la resolución por la Sala Especializada correspondiente que resuelve la apelación. (*)

(*) Quinto párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Las partes pueden presentar alegatos dentro de los tres (3) días posteriores a la realización del informe oral. En el caso de sanciones de internamiento temporal de vehículos, comiso de bienes y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como de las que las sustituyan, y en el caso de intervenciones excluyentes de propiedad, dicho plazo será de un (1) día. Asimismo, en los expedientes de apelación, las partes pueden presentar alegatos hasta la fecha de emisión de la resolución por la Sala Especializada correspondiente que resuelve la apelación."

(218) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

El Tribunal Fiscal no podrá pronunciarse sobre aspectos que, considerados en la reclamación, no hubieran sido examinados y resueltos en primera instancia; en tal caso declarará la nulidad e insubsistencia de la resolución, reponiendo el proceso al estado que corresponda. (*)

(217) Artículo sustituido por el Artículo 37 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Cuando el Tribunal Fiscal constate la existencia de vicios de nulidad, además de la declaración de nulidad deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello, salvaguardando los derechos de los administrados. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que se produjo el vicio de nulidad".

Artículo 151.- APELACIÓN DE PURO DERECHO

Podrá interponerse recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal dentro del plazo de veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de los actos de la Administración, cuando la impugnación sea de puro derecho, no siendo necesario interponer reclamación ante instancias previas.

(219) Tratándose de una apelación de puro derecho contra resoluciones que establezcan sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, el plazo para interponer ésta ante el Tribunal Fiscal será de diez (10) días hábiles.

(219) Párrafo sustituido por el Artículo 73 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

El Tribunal para conocer de la apelación, previamente deberá calificar la impugnación como de puro derecho. En caso contrario, remitirá el recurso al órgano competente, notificando al interesado para que se tenga por interpuesta la reclamación.

El recurso de apelación a que se contrae este artículo deberá ser presentado ante el órgano recurrido, quien dará la alzada luego de verificar que se ha cumplido con lo establecido en el Artículo 146 y que no haya reclamación en trámite sobre la misma materia.

(220) Artículo 152.- APELACIÓN CONTRA RESOLUCIÓN QUE RESUELVE LAS RECLAMACIONES DE CIERRE, COMISO O INTERNAMIENTO

(221) Las resoluciones que resuelvan las reclamaciones contra aquéllas que establezcan sanciones de internamiento temporal de vehículos, comiso de bienes y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las resoluciones que las sustituyan, podrán ser apeladas ante el Tribunal Fiscal dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a los de su notificación.

(221) Párrafo sustituido por el Artículo 73 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

El recurso de apelación deberá ser presentado ante el órgano recurrido quien dará la alzada luego de verificar que se ha cumplido con el plazo establecido en el párrafo anterior.

El apelante deberá ofrecer y actuar las pruebas que juzgue conveniente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de interposición del recurso.

El Tribunal Fiscal deberá resolver la apelación dentro del plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción del expediente remitido por la Administración Tributaria. La resolución del Tribunal Fiscal puede ser impugnada mediante demanda contencioso-administrativa ante el Poder Judicial.

(220) Artículo sustituido por el Artículo 45 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(222) Artículo 153.- SOLICITUD DE CORRECCIÓN, AMPLIACIÓN O ACLARACIÓN

(223) Contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal no cabe recurso alguno en la vía administrativa. No obstante, el Tribunal Fiscal, de oficio, podrá corregir errores materiales o numéricos, ampliar su fallo sobre puntos omitidos o aclarar algún concepto dudoso de la resolución, o hacerlo a solicitud de parte, la cual deberá ser formulada por única vez por la Administración Tributaria o por el deudor tributario dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución.

(223) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1123, publicado el 23 de julio de 2012.

En tales casos, el Tribunal resolverá dentro del quinto día hábil de presentada la solicitud, no computándose, dentro del mismo, el que se haya otorgado a la Administración Tributaria para que dé respuesta a cualquier requerimiento de información. Su presentación no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

Por medio de estas solicitudes no procede alterar el contenido sustancial de la resolución.

Contra las resoluciones que resuelven estas solicitudes, no cabe la presentación de una solicitud de corrección, ampliación o aclaración.

Las solicitudes que incumpliesen lo dispuesto en este artículo no serán admitidas a trámite.

(222) Artículo sustituido por el Artículo 38 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(224) Artículo 154.- JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

(225) Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del Artículo 102, así como las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal Fiscal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el Diario Oficial.(*)

(225) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

(*) Primer párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 154.- JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del Artículo 102, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano."

De presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios entre sí, el Presidente del Tribunal deberá someter a debate en Sala Plena para decidir el criterio que deba prevalecer, constituyendo éste precedente de observancia obligatoria en las posteriores resoluciones emitidas por el Tribunal.

La resolución a que hace referencia el párrafo anterior así como las que impliquen un cambio de criterio, deberán ser publicadas en el Diario Oficial.

En los casos de resoluciones que establezcan jurisprudencia obligatoria, la Administración Tributaria no podrá interponer demanda contencioso-administrativa.

(224) Artículo sustituido por el Artículo 47 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(226) Artículo 155.- QUEJA

La queja se presenta cuando existan actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código, en la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como en las demás normas que atribuyan competencia al Tribunal Fiscal.

La queja es resuelta por:

a) La Oficina de Atención de Quejas del Tribunal Fiscal dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de presentada la queja, tratándose de quejas contra la Administración Tributaria.

b) El Ministro de Economía y Finanzas dentro del plazo de veinte (20) días hábiles, tratándose de quejas contra el Tribunal Fiscal.

No se computará dentro del plazo para resolver, aquél que se haya otorgado a la Administración Tributaria o al quejoso para atender cualquier requerimiento de información.

Las partes podrán presentar al Tribunal Fiscal documentación y/o alegatos hasta la fecha de emisión de la resolución correspondiente que resuelve la queja.

(226) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.

Artículo 156.- RESOLUCIONES DE CUMPLIMIENTO

Las resoluciones del Tribunal Fiscal serán cumplidas por los funcionarios de la Administración Tributaria, bajo responsabilidad.

(227) En caso que se requiera expedir resolución de cumplimiento o emitir informe, se cumplirá con el trámite en el plazo máximo de noventa (90) días hábiles de notificado el expediente al deudor tributario, debiendo iniciarse la tramitación de la resolución de cumplimiento dentro de los quince (15) primeros días hábiles del referido plazo, bajo responsabilidad, salvo que el Tribunal Fiscal señale plazo distinto. (*)

(227) Párrafo sustituido por el Artículo 75 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"En caso que se requiera expedir resolución de cumplimiento o emitir informe, se cumplirá con el trámite en el plazo máximo de noventa (90) días hábiles de notificado el expediente a la Administración Tributaria, debiendo iniciarse la tramitación de la resolución de cumplimiento dentro de los quince (15) primeros días hábiles del referido plazo, bajo responsabilidad, salvo que el Tribunal Fiscal señale plazo distinto."

"Contra la resolución de cumplimiento se podrá interponer recurso de apelación dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a aquél en que se efectuó su notificación. El Tribunal Fiscal resolverá la apelación dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al Tribunal Fiscal."(*)

(*) Último párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

TÍTULO IV

(228) PROCESOS ANTE EL PODER JUDICIAL

(228) Epígrafe modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

(229) Artículo 157.- DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa. Dicha resolución podrá impugnarse mediante el Proceso Contencioso Administrativo, el cual se regirá por las normas contenidas en el presente Código y, supletoriamente, por la Ley Nº 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

(230) La demanda podrá ser presentada por el deudor tributario ante la autoridad judicial competente, dentro del término de tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución debiendo contener peticiones concretas.

(230) Párrafo modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

La presentación de la demanda no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

(231) La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

(231) Párrafo sustituido por el Artículo 39 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(Quinto y Sexto párrafos derogados por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

(229) Artículo sustituido por el Artículo 1 de la Ley Nº 28365, publicada el 24 de octubre de 2004.

(232) Artículo 158.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Para la admisión de la Demanda Contencioso - Administrativa, será indispensable que ésta sea presentada dentro del plazo señalado en el artículo anterior.

El órgano jurisdiccional, al admitir a trámite la demanda, requerirá al Tribunal Fiscal o a la Administración Tributaria, de ser el caso, para que le remita el expediente administrativo en un plazo de treinta (30) días hábiles de notificado.

(232) Artículo incorporado por el Artículo 77 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(233) Artículo 159.- MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS JUDICIALES

Cuando el administrado, en cualquier tipo de proceso judicial, solicite una medida cautelar que tenga por objeto suspender o dejar sin efecto cualquier actuación del Tribunal Fiscal o de la Administración Tributaria, incluso aquéllas dictadas dentro del procedimiento de cobranza coactiva, y/o limitar cualquiera de sus facultades previstas en el presente Código y en otras leyes, serán de aplicación las siguientes reglas:

1. Para la concesión de la medida cautelar es necesario que el administrado presente una contracautela de naturaleza personal o real. En ningún caso, el Juez podrá aceptar como contracautela la caución juratoria.

2. Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, ésta deberá consistir en una carta fianza bancaria o financiera, con una vigencia de doce (12) meses prorrogables, cuyo importe sea igual al monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. La carta fianza deberá ser renovada antes de los diez (10) días hábiles precedentes a su vencimiento, considerándose para tal efecto el monto actualizado hasta la fecha de la renovación.

En caso no se renueve la carta fianza en el plazo antes indicado el Juez procederá a su ejecución inmediata, bajo responsabilidad. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2015, cuyo texto es el siguiente:

"2. Si se ofrece contracautela de naturaleza personal, esta deberá consistir en una carta fianza bancaria o financiera, con una vigencia de doce (12) meses prorrogables, cuyo importe sea el sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. La carta fianza deberá ser renovada antes de los diez (10) días hábiles precedentes a su vencimiento, considerándose para tal efecto el monto actualizado hasta la fecha de la renovación.

En caso de que no se renueve la carta fianza en el plazo antes indicado el Juez procederá a su ejecución inmediata, bajo responsabilidad."

3. Si se ofrece contracautela real, ésta deberá ser de primer rango y cubrir el íntegro del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2015, cuyo texto es el siguiente:

"3. Si se ofrece contracautela real, esta deberá ser de primer rango y cubrir el sesenta por ciento (60%) del monto por el cual se concede la medida cautelar actualizado a la fecha de notificación con la solicitud cautelar."

4. La Administración Tributaria se encuentra facultada para solicitar a la autoridad judicial que se varíe la contracautela, en caso ésta haya devenido en insuficiente con relación al monto concedido por la generación de intereses. Esta facultad podrá ser ejercitada al cumplirse seis (6) meses desde la concesión de la medida cautelar o de la variación de la contracautela. El Juez deberá disponer que el solicitante cumpla con la adecuación de la contracautela ofrecida, de acuerdo a la actualización de la deuda tributaria que reporte la Administración Tributaria en su solicitud, bajo sanción de dejarse sin efecto la medida cautelar.

5. El Juez deberá correr traslado de la solicitud cautelar a la Administración Tributaria por el plazo de cinco (5) días hábiles, acompañando copia simple de la demanda y de sus recaudos, a efectos que aquélla se pronuncie respecto a los fundamentos de dicha solicitud y señale cuál es el monto de la deuda tributaria materia de impugnación actualizada a la fecha de notificación con la solicitud cautelar. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2015, cuyo texto es el siguiente:

"5. El Juez deberá correr traslado de la solicitud cautelar a la Administración Tributaria por el plazo de cinco (5) días hábiles, acompañando copia simple de la demanda y de sus recaudos, a efectos de que aquélla señale el monto de la deuda tributaria materia de impugnación actualizada a la fecha de notificación con la solicitud cautelar y se pronuncie sobre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro que involucra la demora del proceso."

6. Vencido dicho plazo, con la absolución del traslado o sin ella, el Juez resolverá lo pertinente dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

Excepcionalmente, cuando se impugnen judicialmente deudas tributarias cuyo monto total no supere las cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al solicitar la concesión de una medida cautelar, el administrado podrá ofrecer como contracautela la caución juratoria. (*)

(*) Segundo párrafo modificado por el Artículo 7 de la Ley N° 30230, publicada el 12 julio 2014, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2015, cuyo texto es el siguiente:

"Excepcionalmente, cuando se impugnen judicialmente deudas tributarias cuyo monto total no supere las quince (15) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al solicitar la concesión de una medida cautelar, el administrado podrá ofrecer como contracautela la caución juratoria."

En el caso que, mediante resolución firme, se declare infundada o improcedente total o parcialmente la pretensión asegurada con una medida cautelar, el juez que conoce del proceso dispondrá la ejecución de la contracautela presentada, destinándose lo ejecutado al pago de la deuda tributaria materia del proceso.

En el supuesto previsto en el artículo 615 del Código Procesal Civil, la contracautela, para temas tributarios, se sujetará a las reglas establecidas en el presente artículo.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes no afecta a los procesos regulados por Leyes Orgánicas.

(233) Artículo incorporado por el Artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.

Artículo 160.- Artículo derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley Nº 27584, publicada el 7 de diciembre de 2001.

Artículo 161.- Artículo derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley Nº 27584, publicada el 7 de diciembre de 2001.

TÍTULO V

PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO

Artículo 162.- TRÁMITE DE SOLICITUDES NO CONTENCIOSAS

Las solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, deberán ser resueltas y notificadas en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles siempre que, conforme a las disposiciones pertinentes, requiriese de pronunciamiento expreso de la Administración Tributaria.

(234) Tratándose de otras solicitudes no contenciosas, éstas serán resueltas según el procedimiento regulado en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Sin perjuicio de lo anterior, resultan aplicables las disposiciones del Código Tributario o de otras normas tributarias en aquellos aspectos del procedimiento regulados expresamente en ellas.

(234) Párrafo sustituido por el Artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(235) Artículo 163.- DE LA IMPUGNACIÓN

Las resoluciones que resuelven las solicitudes a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior serán apelables ante el Tribunal Fiscal, con excepción de las que resuelvan las solicitudes de devolución, las mismas que serán reclamables.

En caso de no resolverse dichas solicitudes en el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, el deudor tributario podrá interponer recurso de reclamación dando por denegada su solicitud.

Los actos de la Administración Tributaria que resuelven las solicitudes no contenciosas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 162 podrán ser impugnados mediante los recursos regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, los mismos que se tramitarán observando lo dispuesto en la citada Ley, salvo en aquellos aspectos regulados expresamente en el presente Código.(*)

(235) Artículo sustituido por el Artículo 41 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Último párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Los actos de la Administración Tributaria que resuelven las solicitudes no contenciosas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 162 pueden ser impugnados mediante los recursos regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, los mismos que se tramitarán observando lo dispuesto en la citada Ley salvo en aquellos aspectos regulados expresamente en el presente Código y sin que sea necesaria su autorización por parte de letrado."

LIBRO CUARTO

INFRACCIONES, SANCIONES Y DELITOS

TÍTULO I

INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

(236) Artículo 164.- CONCEPTO DE INFRACCIÓN TRIBUTARIA

Es infracción tributaria, toda acción u omisión que importe la violación de normas tributarias, siempre que se encuentre tipificada como tal en el presente Título o en otras leyes o decretos legislativos.

(236) Artículo sustituido por el Artículo 79 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 165.- DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN, TIPOS DE SANCIONES Y AGENTES FISCALIZADORES

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente con penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes y suspensión de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones vigentes otorgadas por entidades del Estado para el desempeño de actividades o servicios públicos.

En el control del cumplimiento de obligaciones tributarias administradas por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, se presume la veracidad de los actos comprobados por los agentes fiscalizadores, de acuerdo a lo que se establezca mediante Decreto Supremo.

(237) Artículo 166.- FACULTAD SANCIONATORIA

La Administración Tributaria tiene la facultad discrecional de determinar y sancionar administrativamente las infracciones tributarias.

En virtud de la citada facultad discrecional, la Administración Tributaria también puede aplicar gradualmente las sanciones por infracciones tributarias, en la forma y condiciones que ella establezca, mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar.

Para efecto de graduar las sanciones, la Administración Tributaria se encuentra facultada para fijar, mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar, los parámetros o criterios objetivos que correspondan, así como para determinar tramos menores al monto de la sanción establecida en las normas respectivas.

La gradualidad de las sanciones sólo procederá hasta antes que se interponga recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal contra las resoluciones que resuelvan la reclamación de resoluciones que establezcan sanciones, de Órdenes de Pago o Resoluciones de Determinación en los casos que estas últimas estuvieran vinculadas con sanciones de multa aplicadas." (*)

(237) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012, que entró en vigencia a los treinta (30) días calendarios computados a partir del día siguiente de su publicación.

(*) De conformidad con la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Directiva N° 002-2014-MTC-24, publicada el 26 mayo 2014, se establece que de conformidad con el último párrafo del presente artículo la gradualidad de las sanciones sólo procederá hasta antes que se interponga recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal contra las resoluciones que resuelvan la reclamación de resoluciones que establezcan sanciones, de Órdenes de Pago o Resoluciones de Determinación en los casos que estas últimas estuvieran vinculadas con sanciones de multa aplicadas.

CONCORDANCIAS: R.N° 238-2013-SUNAT-300000, Art. 1 (Facultad discrecional)

R. N° 00395-2013-SUNAT-300000 (Aprueban formularios de solicitudes de Copia Simple de Partidas Registrales y de Boleta Informativa del Registro de Propiedad Vehicular)

R.N° 002-2015-SUNAT-500000 (Aprueban Reglamento del Régimen de Gradualidad para la aplicación de las sanciones de multas previstas en la Ley General de Aduanas)

R.N° 200-2016-SUNAT (Publicación de Resoluciones de Superintendencia Nacional Adjunta Operativa que disponen aplicar la facultad discrecional de no sancionar)

R.N° 039-2016-SUNAT-600000 (Disponen la aplicación de la facultad discrecional en la administración de sanciones por infracciones)

Artículo 167.- INTRANSMISIBILIDAD DE LAS SANCIONES

Por su naturaleza personal, no son transmisibles a los herederos y legatarios las sanciones por infracciones tributarias.

Artículo 168.- IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONATORIAS

Las normas tributarias que supriman o reduzcan sanciones por infracciones tributarias, no extinguirán ni reducirán las que se encuentren en trámite o en ejecución.

Artículo 169.- EXTINCION DE LAS SANCIONES

Las sanciones por infracciones tributarias se extinguen conforme a lo establecido en el Artículo 27.

(238) Artículo 170.- IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE INTERESES Y SANCIONES

No procede la aplicación de intereses ni sanciones si:

1. Como producto de la interpretación equivocada de una norma, no se hubiese pagado monto alguno de la deuda tributaria relacionada con dicha interpretación hasta la aclaración de la misma, y siempre que la norma aclaratoria señale expresamente que es de aplicación el presente numeral.

A tal efecto, la aclaración podrá realizarse mediante Ley o norma de rango similar, Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, Resolución de Superintendencia o norma de rango similar o Resolución del Tribunal Fiscal a que se refiere el Artículo 154.

Los intereses que no procede aplicar son aquéllos devengados desde el día siguiente del vencimiento de la obligación tributaria hasta los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la aclaración en el Diario Oficial El Peruano. Respecto a las sanciones, no se aplicarán las correspondientes a infracciones originadas por la interpretación equivocada de la norma hasta el plazo antes indicado.

2. La Administración Tributaria haya tenido duplicidad de criterio en la aplicación de la norma y sólo respecto de los hechos producidos, mientras el criterio anterior estuvo vigente. (*)

(238) Artículo sustituido por el Artículo 81 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(*) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 170.- IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE INTERESES, DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR Y DE SANCIONES

No procede la aplicación de intereses, la actualización en función al Índice de Precios al Consumidor de corresponder, ni la aplicación de sanciones si:

1. Como producto de la interpretación equivocada de una norma, no se hubiese pagado monto alguno de la deuda tributaria relacionada con dicha interpretación hasta la aclaración de la misma, y siempre que la norma aclaratoria señale expresamente que es de aplicación el presente numeral.

A tal efecto, la aclaración podrá realizarse mediante Ley o norma de rango similar, Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, resolución de superintendencia o norma de rango similar o resolución del Tribunal Fiscal a que se refiere el Artículo 154.

Los intereses que no procede aplicar son aquéllos devengados desde el día siguiente del vencimiento de la obligación tributaria hasta los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la aclaración en el Diario Oficial El Peruano. Respecto a las sanciones, no se aplicarán las correspondientes a infracciones originadas por la interpretación equivocada de la norma hasta el plazo antes indicado. La actualización en función al Índice de Precios al Consumidor que no procede aplicar es aquella a que se refiere el artículo 33 del presente código o el artículo 151 de la Ley General de Aduanas que corresponda hasta los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la aclaración en el Diario Oficial El Peruano.

2. La Administración Tributaria haya tenido duplicidad de criterio en la aplicación de la norma y sólo respecto de los hechos producidos, mientras el criterio anterior estuvo vigente.”

Artículo 171.- (239) PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

(239) Título sustituido por el Artículo 42 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(240) La Administración Tributaria ejercerá su facultad de imponer sanciones de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad, non bis in idem, proporcionalidad, no concurrencia de infracciones, y otros principios aplicables.

(240) Párrafo sustituido por el Artículo 42 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(241) Artículo 172.- TIPOS DE INFRACCIONES TRIBUTARIAS

Las infracciones tributarias se originan por el incumplimiento de las obligaciones siguientes:

1. De inscribirse, actualizar o acreditar la inscripción.

2. De emitir, otorgar y exigir comprobantes de pago y/u otros documentos.

3. De llevar libros y/o registros o contar con informes u otros documentos.

4. De presentar declaraciones y comunicaciones.

5. De permitir el control de la Administración Tributaria, informar y comparecer ante la misma.

6. Otras obligaciones tributarias.

(241) Artículo sustituido por el Artículo 82 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(242) Artículo 173.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE INSCRIBIRSE, ACTUALIZAR O ACREDITAR LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de inscribirse, actualizar o acreditar la inscripción en los registros de la Administración Tributaria:

1. No inscribirse en los registros de la Administración Tributaria, salvo aquéllos en que la inscripción constituye condición para el goce de un beneficio.

2. Proporcionar o comunicar la información, incluyendo la requerida por la Administración Tributaria, relativa a los antecedentes o datos para la inscripción, cambio de domicilio, o actualización en los registros, no conforme con la realidad.

3. Obtener dos o más números de inscripción para un mismo registro.(*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

4. Utilizar dos o más números de inscripción o presentar certificado de inscripción y/o identificación del contribuyente falsos o adulterados en cualquier actuación que se realice ante la Administración Tributaria o en los casos en que se exija hacerlo.(*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

5. No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria informaciones relativas a los antecedentes o datos para la inscripción, cambio de domicilio o actualización en los registros o proporcionarla sin observar la forma, plazos y condiciones que establezca la Administración Tributaria.

6. No consignar el número de registro del contribuyente en las comunicaciones, declaraciones informativas u otros documentos similares que se presenten ante la Administración Tributaria.(*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

7. No proporcionar o comunicar el número de RUC en los procedimientos, actos u operaciones cuando las normas tributarias así lo establezcan.

(242) Artículo sustituido por el Artículo 83 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(243) Artículo 174.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE EMITIR, OTORGAR Y EXIGIR COMPROBANTES DE PAGO Y/U OTROS DOCUMENTOS

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de emitir, otorgar y exigir comprobantes de pago: (*)

(*) Extremo modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 174.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE EMITIR, OTORGAR Y EXIGIR COMPROBANTES DE PAGO Y/U OTROS DOCUMENTOS, ASÍ COMO DE FACILITAR, A

TRAVÉS DE CUALQUIER MEDIO, QUE SEÑALE LA SUNAT, LA INFORMACIÓN QUE PERMITA IDENTIFICAR LOS DOCUMENTOS QUE SUSTENTAN EL TRASLADO

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de emitir, otorgar y exigir comprobantes de pago y/u otros documentos, así como facilitar, a través de cualquier medio, que señale la SUNAT, la información que permita identificar los documentos que sustentan el traslado:"

1. No emitir y/o no otorgar comprobantes de pago o documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión.(*)

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 051-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, según se detalla en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 054-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar, hasta el 31 de Diciembre de 2016, la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tipificada en el presente numeral, a los contribuyentes comprendidos en el Régimen General o en el Régimen Especial del Impuesto a la Renta cuyas ventas anuales no superen las ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias.

2. Emitir y/u otorgar documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago o como documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión.

(244) 3. Emitir y/u otorgar comprobantes de pago o documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión, que no correspondan al régimen del deudor tributario, al tipo de operación realizada o a la modalidad de emisión autorizada o a la que se hubiera acogido el deudor tributario de conformidad con las leyes, reglamentos o Resolución de Superintendencia de la SUNAT.

No constituyen infracción los incumplimientos relacionados a la modalidad de emisión que deriven de caso fortuito o fuerza mayor, situaciones que serán especificadas mediante Resolución de Superintendencia de la SUNAT.

(244) Numeral modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1123, publicado el 23 de julio de 2012.

4. Transportar bienes y/o pasajeros sin el correspondiente comprobante de pago, guía de remisión, manifiesto de pasajeros y/u otro documento previsto por las normas para sustentar el traslado. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"4. Transportar bienes y/o pasajeros sin portar el correspondiente comprobante de pago, guía de remisión, manifiesto de pasajeros y/u otro documento previsto por las normas para sustentar el traslado o no facilitar a través de los medios señalados por la SUNAT, la información que permita identificar la guía de remisión electrónica, el comprobante de pago electrónico y/u otro documento emitido electrónicamente que sustente el traslado de bienes, durante dicho traslado."

5. Transportar bienes y/o pasajeros con documentos que no reúnan los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago o guías de remisión, manifiesto de pasajeros y/u otro documento que carezca de validez. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"5. Transportar bienes y/o pasajeros portando documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago o guías de remisión, manifiesto de pasajeros y/u otro documento que carezca de validez o transportar bienes habiéndose emitido documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados como

comprobantes de pago electrónicos, guías de remisión electrónicas y/u otro documento emitido electrónicamente que carezca de validez."

6. No obtener el comprador los comprobantes de pago u otros documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión, por las compras efectuadas, según las normas sobre la materia. (*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

7. No obtener el usuario los comprobantes de pago u otros documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión, por los servicios que le fueran prestados, según las normas sobre la materia. (*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

8. Remitir bienes sin el comprobante de pago, guía de remisión y/u otro documento previsto por las normas para sustentar la remisión. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"8. Remitir bienes sin portar el comprobante de pago, la guía de remisión y/u otro documento previsto por las normas para sustentar la remisión; remitir bienes sin haberse emitido el comprobante de pago electrónico, la guía de remisión electrónica y/u otro documento emitido electrónicamente previsto por las normas para sustentar la remisión, cuando el traslado lo realiza un sujeto distinto al remitente o no facilitar, a través de los medios señalados por la SUNAT, la información que permita identificar esos documentos emitidos electrónicamente, durante el traslado, cuando este es realizado por el remitente."

9. Remitir bienes con documentos que no reúnan los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago, guías de remisión y/u otro documento que carezca de validez. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 30296, publicada el 31 diciembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"9. Remitir bienes portando documentos que no reúnan los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago, guías de remisión y/u otro documento que carezca de validez o remitir bienes habiéndose emitido documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago electrónicos, guías de remisión electrónicas y/u otro documento emitido electrónicamente que carezca de validez."

10. Remitir bienes con comprobantes de pago, guía de remisión u otros documentos complementarios que no correspondan al régimen del deudor tributario o al tipo de operación realizada de conformidad con las normas sobre la materia.

11. Utilizar máquinas registradoras u otros sistemas de emisión no declarados o sin la autorización de la Administración Tributaria para emitir comprobantes de pago o documentos complementarios a éstos.

12. Utilizar máquinas registradoras u otros sistemas de emisión, en establecimientos distintos del declarado ante la SUNAT para su utilización.

13. Usar máquinas automáticas para la transferencia de bienes o prestación de servicios que no cumplan con las disposiciones establecidas en el Reglamento de Comprobantes de Pago, excepto las referidas a la obligación de emitir y/u otorgar dichos documentos.

14. Remitir o poseer bienes sin los precintos adheridos a los productos o signos de control visibles, según lo establecido en las normas tributarias.

15. No sustentar la posesión de bienes, mediante los comprobantes de pago u otro documento previsto por las normas sobre la materia que permitan sustentar costo o gasto, que acrediten su adquisición.

16. Sustentar la posesión de bienes con documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados comprobantes de pago según las normas sobre la materia y/u otro documento que carezca de validez.

(243) Artículo sustituido por el Artículo 84 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(245) Artículo 175.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR LIBROS Y/O REGISTROS O CONTAR CON INFORMES U OTROS DOCUMENTOS

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de llevar libros y/o registros, o contar con informes u otros documentos:

1. Omitir llevar los libros de contabilidad, u otros libros y/o registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT u otros medios de control exigidos por las leyes y reglamentos. (*)

2. Llevar los libros de contabilidad, u otros libros y/o registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT, el registro almacenable de información básica u otros medios de control exigidos por las leyes y reglamentos; sin observar la forma y condiciones establecidas en las normas correspondientes.(*)

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 064-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 039-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente las infracciones tributarias tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos por el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 031-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

3. Omitir registrar ingresos, rentas, patrimonio, bienes, ventas, remuneraciones o actos gravados, o registrarlos por montos inferiores.

4. Usar comprobantes o documentos falsos, simulados o adulterados, para respaldar las anotaciones en los libros de contabilidad u otros libros o registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT.

5. Llevar con atraso mayor al permitido por las normas vigentes, los libros de contabilidad u otros libros o registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT, que se vinculen con la tributación. (*)

(*) De conformidad con la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Superintendencia N° 277-2013-SUNAT, publicada el 07 septiembre 2013, no se sancionarán las infracciones previstas en los numerales 1, 2 y 5 del presente artículo y en el numeral 13 del artículo 177 del Texto Único Ordnado del Código Tributario, aprobado por el presente Decreto Supremo, que se originen en el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Régimen de Percepciones del IGV, cometidas por los agentes de percepción respecto de las operaciones de venta de bienes incorporados al referido régimen mediante Decreto Supremo N° 091-2013-EF, cuyo nacimiento de la obligación tributaria del IGV se hubiera producido entre el 15 de mayo y el 31 de agosto del 2013, inclusive.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 064-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 039-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente las infracciones tributarias tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos por el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 031-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

6. No llevar en castellano o en moneda nacional los libros de contabilidad u otros libros o registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de Superintendencia de la SUNAT, excepto para los contribuyentes autorizados a llevar contabilidad en moneda extranjera.

7. No conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, o que estén relacionadas con éstas, durante el plazo de prescripción de los tributos.(*)(**)(***)(****)

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 064-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(**) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 039-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente las infracciones tributarias tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos por el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(***) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 031-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(****) Numeral 7) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"7. No conservar los libros y registros, llevados en sistema manual, mecanizado o electrónico, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o que estén relacionadas con éstas, cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor."

8. No conservar los sistemas o programas electrónicos de contabilidad, los soportes magnéticos, los microarchivos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible en el plazo de prescripción de los tributos. (*)

(*) Numeral 8) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"8. No conservar los sistemas o programas electrónicos de contabilidad, los soportes magnéticos, los microarchivos u otros medios de almacenamiento de información utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible cinco (5) años o durante el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor."

9. No comunicar el lugar donde se lleven los libros, registros, sistemas, programas, soportes portadores de microformas gravadas, soportes magnéticos u otros medios de almacenamiento de información y demás antecedentes electrónicos que sustenten la contabilidad.

(245) Artículo sustituido por el Artículo 43 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) De conformidad con la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1269, publicado el 20 diciembre 2016, se dispone que tratándose de contribuyentes que inicien actividades durante el 2017 y aquellos que provengan del Nuevo RUS, durante el ejercicio gravable 2017, la SUNAT no aplicará las sanciones correspondientes a las infracciones previstas en los numerales 1, 2, y 5 del presente artículo, respecto de las obligaciones relativas a su acogimiento al RMT, siempre que los sujetos cumplan con subsanar la infracción, de acuerdo a lo que establezca la SUNAT mediante resolución de superintendencia. Lo señalado en la citada disposición no exime del pago de las obligaciones tributarias. La citada disposición entró en vigencia el 1 de enero de 2017.

(246) Artículo 176.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR DECLARACIONES Y COMUNICACIONES

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de presentar declaraciones y comunicaciones:

1. No presentar las declaraciones que contengan la determinación de la deuda tributaria dentro de los plazos establecidos.(*)

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 006-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tipificada en el presente numeral, a los contribuyentes cuyo importe de sus ventas así como de sus compras, por cada uno de ellos, no superen la media (1/2) Unidad Impositiva Tributaria (UIT).

(*) De conformidad con la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1269, publicado el 20 diciembre 2016, se dispone que tratándose de contribuyentes que inicien actividades durante el 2017 y aquellos que provengan del Nuevo RUS, durante el ejercicio gravable 2017, la SUNAT no aplicará las sanciones correspondientes a las infracciones previstas en el presente numeral, respecto de las obligaciones relativas a su acogimiento al RMT, siempre que los sujetos cumplan con subsanar la infracción, de acuerdo a lo que establezca la SUNAT mediante resolución de superintendencia. Lo señalado en la presente disposición no exime del pago de las obligaciones tributarias. La citada disposición entró en vigencia el 1 de enero de 2017.

2. No presentar otras declaraciones o comunicaciones dentro de los plazos establecidos.(*)(**)(***)

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 039-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente las infracciones tributarias tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos por el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 006-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tipificada en el presente numeral, a los contribuyentes cuyo importe de sus ventas así como de sus compras, por cada uno de ellos, no superen la media (1/2) Unidad Impositiva Tributaria (UIT).

(***) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 031-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

3. Presentar las declaraciones que contengan la determinación de la deuda tributaria en forma incompleta. (*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

4. Presentar otras declaraciones o comunicaciones en forma incompleta o no conformes con la realidad.

5. Presentar más de una declaración rectificatoria relativa al mismo tributo y período tributario. (*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

6. Presentar más de una declaración rectificatoria de otras declaraciones o comunicaciones referidas a un mismo concepto y período. (*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

7. Presentar las declaraciones, incluyendo las declaraciones rectificatorias, sin tener en cuenta los lugares que establezca la Administración Tributaria. (*)

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

8. Presentar las declaraciones, incluyendo las declaraciones rectificatorias, sin tener en cuenta la forma u otras condiciones que establezca la Administración Tributaria.

(246) Artículo sustituido por el Artículo 86 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(247) Artículo 177.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN, INFORMAR Y COMPARECER ANTE LA MISMA

Constituyen infracciones relacionadas con la obligación de permitir el control de la Administración, informar y comparecer ante la misma:

1. No exhibir los libros, registros, u otros documentos que ésta solicite.(*)

(*) De conformidad con el Artículo Segundo de la Resolución N° 054-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se aplica la facultad discrecional de no sancionar con cierre temporal de establecimiento la infracción tipificada en el presente numeral, cometida o detectada a los sujetos acogidos al Nuevo RUS.

(*) De conformidad con la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1269, publicado el 20 diciembre 2016, se dispone que tratándose de contribuyentes que inicien actividades durante el 2017 y aquellos que provengan del Nuevo RUS, durante el ejercicio gravable 2017, la SUNAT no aplicará las sanciones correspondientes a las infracciones previstas en el presente numeral, respecto de las obligaciones relativas a su acogimiento al RMT, siempre que los sujetos cumplan con subsanar la infracción, de acuerdo a lo que establezca la SUNAT mediante resolución de superintendencia. Lo señalado en la presente disposición no exime del pago de las obligaciones tributarias. La citada disposición entró en vigencia el 1 de enero de 2017.

2. Ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones que estén relacionadas con hechos susceptibles de generar las obligaciones tributarias, antes del plazo de prescripción de los tributos. (*)

(*) Numeral 2) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"2. Ocultar o destruir bienes, libros y registros contables, documentación sustentatoria, informes, análisis y antecedentes de las operaciones que estén relacionadas con hechos

susceptibles de generar las obligaciones tributarias, antes de los cinco (5) años o de que culmine el plazo de prescripción del tributo, el que fuera mayor."

3. No mantener en condiciones de operación los soportes portadores de microformas grabadas, los soportes magnéticos y otros medios de almacenamiento de información utilizados en las aplicaciones que incluyen datos vinculados con la materia imponible, cuando se efectúen registros mediante microarchivos o sistemas electrónicos computarizados o en otros medios de almacenamiento de información.

4. Reabrir indebidamente el local, establecimiento u oficina de profesionales independientes sobre los cuales se haya impuesto la sanción de cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes sin haberse vencido el término señalado para la reapertura y/o sin la presencia de un funcionario de la Administración.

5. No proporcionar la información o documentos que sean requeridos por la Administración sobre sus actividades o las de terceros con los que guarde relación o proporcionarla sin observar la forma, plazos y condiciones que establezca la Administración Tributaria.

6. Proporcionar a la Administración Tributaria información no conforme con la realidad.

7. No comparecer ante la Administración Tributaria o comparecer fuera del plazo establecido para ello.(*)(**)

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 051-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, según se detalla en el citado artículo.

(**) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 025-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se aplica la facultad discrecional de no sancionar administrativamente a las personas naturales perceptoras de rentas de quinta categoría, por la

infracción tipificada en el presente numeral, cuando fueran citadas como consecuencia de una acción inductiva.

8. Autorizar estados financieros, declaraciones, documentos u otras informaciones exhibidas o presentadas a la Administración Tributaria conteniendo información no conforme a la realidad, o autorizar balances anuales sin haber cerrado los libros de contabilidad.

9. Presentar los estados financieros o declaraciones sin haber cerrado los libros contables.

10. No exhibir, ocultar o destruir sellos, carteles o letreros oficiales, señales y demás medios utilizados o distribuidos por la Administración Tributaria.

11. No permitir o no facilitar a la Administración Tributaria, el uso de equipo técnico de recuperación visual de microformas y de equipamiento de computación o de otros medios de almacenamiento de información para la realización de tareas de auditoría tributaria, cuando se hallaren bajo fiscalización o verificación.

12. Violar los precintos de seguridad, cintas u otros mecanismos de seguridad empleados en las inspecciones, inmovilizaciones o en la ejecución de sanciones.

13. No efectuar las retenciones o percepciones establecidas por Ley, salvo que el agente de retención o percepción hubiera cumplido con efectuar el pago del tributo que debió retener o percibir dentro de los plazos establecidos. (*)

(*) De conformidad con la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Superintendencia N° 277-2013-SUNAT, publicada el 07 septiembre 2013, no se sancionarán las infracciones previstas en los numerales 1, 2 y 5 del presente artículo y en el numeral 13 del artículo 177 del Texto Único Ordnado del Código Tributario, aprobado por el presente Decreto Supremo, que se originen en el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Régimen de Percepciones del IGV, cometidas por los agentes de percepción respecto de las operaciones de venta de bienes incorporados al referido régimen mediante Decreto Supremo N° 091-2013-EF, cuyo nacimiento de la obligación tributaria del IGV se hubiera producido entre el 15 de mayo y el 31 de agosto del 2013, inclusive.

14. Autorizar los libros de actas, así como los registros y libros contables u otros registros vinculados a asuntos tributarios sin seguir el procedimiento establecido por la SUNAT.

15. No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria, en las condiciones que ésta establezca, las informaciones relativas a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias que tenga en conocimiento en el ejercicio de la función notarial o pública. (*)

(*) Numeral 15) modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"15. No proporcionar o comunicar a la Administración Tributaria, en las condiciones que esta establezca, la información relativa a hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias o aquella necesaria para el cumplimiento de la normativa sobre asistencia administrativa mutua en materia tributaria, que tenga conocimiento en el ejercicio de la función notarial o pública."

16. Impedir que funcionarios de la Administración Tributaria efectúen inspecciones, tomas de inventario de bienes, o controlen su ejecución, la comprobación física y valuación; y/o no permitir que se practiquen arqueos de caja, valores, documentos y control de ingresos, así como no permitir y/o no facilitar la inspección o el control de los medios de transporte.

17. Impedir u obstaculizar la inmovilización o incautación no permitiendo el ingreso de los funcionarios de la Administración Tributaria al local o al establecimiento o a la oficina de profesionales independientes.

18. No facilitar el acceso a los contadores manuales, electrónicos y/o mecánicos de las máquinas tragamonedas, no permitir la instalación de soportes informáticos que faciliten el control de ingresos de máquinas tragamonedas; o no proporcionar la información necesaria para verificar el funcionamiento de los mismos.

19. No permitir la instalación de sistemas informáticos, equipos u otros medios proporcionados por la SUNAT para el control tributario.

20. No facilitar el acceso a los sistemas informáticos, equipos u otros medios proporcionados por la SUNAT para el control tributario.

21. No implementar, las empresas que explotan juegos de casino y/o máquinas tragamonedas, el Sistema Unificado en Tiempo Real o implementar un sistema que no reúne las características técnicas establecidas por SUNAT.

22. No cumplir con las disposiciones sobre actividades artísticas o vinculadas a espectáculos públicos.

23. No proporcionar la información solicitada con ocasión de la ejecución del embargo en forma de retención a que se refiere el numeral 4 del Artículo 118 del presente Código Tributario.

24. No exhibir en un lugar visible de la unidad de explotación donde los sujetos acogidos al Nuevo Régimen Único Simplificado desarrollen sus actividades, los emblemas y/o signos distintivos proporcionados por la SUNAT así como el comprobante de información registrada y las constancias de pago.

(248) 25. No exhibir o no presentar el Estudio Técnico que respalde el cálculo de precios de transferencia conforme a ley. (*)

(248) Numeral sustituido por el Artículo 44 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016.

26. No entregar los Certificados o Constancias de retención o percepción de tributos así como el certificado de rentas y retenciones, según corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en las normas tributarias.

(249) 27. No exhibir o no presentar la documentación e información a que hace referencia la primera parte del segundo párrafo del inciso g) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta, que entre otros respalde el cálculo de precios de transferencia, conforme a ley. (*)

(*) Numeral 27 modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"27. No exhibir o no presentar la documentación e información a que hace referencia el inciso g) del artículo 32-A de la Ley del Impuesto a la Renta o, de ser el caso, su traducción al castellano; que, entre otros, respalde las declaraciones juradas informativas Reporte Local, Reporte Maestro y/o Reporte País por País."

(249) Numeral incorporado por el Artículo 44 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(247) Artículo sustituido por el Artículo 87 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(250) Artículo 178.- INFRACCIONES RELACIONADAS CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Constituyen infracciones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias:

1. No incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos, y/o aplicar tasas o porcentajes o coeficientes distintos a los que les corresponde en la determinación de los pagos a cuenta o anticipos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias en las declaraciones, que influyan en la determinación de la obligación tributaria; y/o que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarias o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de Notas de Crédito Negociables u otros valores similares.(*)

(*) De conformidad con la Única Disposición Complementaria Final de la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 158-2015-OS-CD, publicada el 23 julio 2015, se dispone que a la infracción prevista en el presente numeral, le es aplicable el Régimen de Incentivos previsto en el artículo 179 del presente Código.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 062-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se aplica la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a lo señalado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 064-2015-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) De conformidad con el Artículo Primero de la Resolución N° 031-2016-SUNAT-600000, publicada el 12 agosto 2016, se dispone aplicar la facultad discrecional de no sancionar administrativamente la infracción tributaria tipificada en el presente numeral, de acuerdo a los criterios establecidos en el Anexo de la citada Resolución de Superintendencia, y relacionado a lo indicado en el citado artículo.

(*) Numeral 1) modificado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"1. No incluir en las declaraciones ingresos y/o remuneraciones y/o retribuciones y/o rentas y/o patrimonio y/o actos gravados y/o tributos retenidos o percibidos, y/o aplicar tasas o porcentajes o coeficientes distintos a los que les corresponde en la determinación de los pagos a cuenta o anticipos, o declarar cifras o datos falsos u omitir circunstancias en las declaraciones, que influyan en la determinación y el pago de la obligación tributaria; y/o que generen aumentos indebidos de saldos o pérdidas tributarios o créditos a favor del deudor tributario y/o que generen la obtención indebida de Notas de Crédito Negociables u otros valores similares."

(*) De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1311, publicado el 30 diciembre 2016, quedan extinguidas las sanciones de multa pendientes de pago ante la SUNAT por la infracción tipificada en el numeral 1 del presente artículo que hayan sido cometidas desde el 6 de febrero de 2004 hasta la fecha de publicación del presente decreto legislativo debido, total o parcialmente, a un error de transcripción en las declaraciones, siempre que se cumpla concurrentemente con lo indicado en la citada disposición.

2. Emplear bienes o productos que gocen de exoneraciones o beneficios en actividades distintas de las que corresponden.

3. Elaborar o comercializar clandestinamente bienes gravados mediante la sustracción a los controles fiscales; la utilización indebida de sellos, timbres, precintos y demás medios de control; la destrucción o adulteración de los mismos; la alteración de las características de los bienes; la ocultación, cambio de destino o falsa indicación de la procedencia de los mismos.

4. No pagar dentro de los plazos establecidos los tributos retenidos o percibidos.

5. No pagar en la forma o condiciones establecidas por la Administración Tributaria o utilizar un medio de pago distinto de los señalados en las normas tributarias, cuando se hubiera eximido de la obligación de presentar declaración jurada.(*)

(*) De conformidad con la Única Disposición Complementaria Final de la Resolución de Consejo Directivo OSINERGMIN N° 158-2015-OS-CD, publicada el 23 julio 2015, se dispone que a la infracción prevista en el presente numeral, le es aplicable el Régimen de Incentivos previsto en el artículo 179 del presente Código.

(*) Numeral derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1263, publicado el 10 diciembre 2016.

6. No entregar a la Administración Tributaria el monto retenido por embargo en forma de retención.

(251) 7. Permitir que un tercero goce de las exoneraciones contenidas en el Apéndice de la Ley Nº 28194, sin dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 11 de la citada ley.

(251) Numeral sustituido por el Artículo 45 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(252) 8. Presentar la declaración jurada a que hace referencia el artículo 11 de la Ley Nº 28194 con información no conforme con la realidad.

(252) Numeral sustituido por el Artículo 45 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(250) Artículo sustituido por el Artículo 88 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CONCORDANCIAS: R.N° 013-2017-OEFA-CD, Segunda Disp. Comp. Final (Régimen de Incentivos)

(253) Artículo 179.- RÉGIMEN DE INCENTIVOS

La sanción de multa aplicable por las infracciones establecidas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 178, se sujetará, al siguiente régimen de incentivos, siempre que el contribuyente cumpla con cancelar la misma con la rebaja correspondiente:

a) Será rebajada en un noventa por ciento (90%) siempre que el deudor tributario cumpla con declarar la deuda tributaria omitida con anterioridad a cualquier notificación o requerimiento de la Administración relativa al tributo o período a regularizar.

b) Si la declaración se realiza con posterioridad a la notificación de un requerimiento de la Administración, pero antes del cumplimiento del plazo otorgado por ésta según lo dispuesto en el artículo 75 o en su defecto, de no haberse otorgado dicho plazo, antes de que surta efectos la

notificación de la Orden de Pago o Resolución de Determinación, según corresponda, o la Resolución de Multa, la sanción se reducirá en un setenta por ciento (70%).

(254) c) Una vez culminado el plazo otorgado por la Administración Tributaria según lo dispuesto en el artículo 75 o en su defecto, de no haberse otorgado dicho plazo, una vez que surta efectos la notificación de la Orden de Pago o Resolución de Determinación, de ser el caso, o la Resolución de Multa, la sanción será rebajada en un cincuenta por ciento (50%) sólo si el deudor tributario cancela la Orden de Pago o la Resolución de Determinación y la Resolución de Multa notificadas con anterioridad al vencimiento del plazo establecido en el primer párrafo del artículo 117 del presente Código Tributario respecto de la Resolución de Multa, siempre que no interponga medio impugnatorio alguno.

(254) Inciso sustituido por el Artículo 46 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(255) Al vencimiento del plazo establecido en el primer párrafo del artículo 117 respecto de la Resolución de Multa o interpuesto medio impugnatorio contra la Orden de Pago o Resolución de Determinación, de ser el caso, o Resolución de Multa notificadas, no procede ninguna rebaja; salvo que el medio impugnatorio esté referido a la aplicación del régimen de incentivos.

(255) Párrafo sustituido por el Artículo 46 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

Tratándose de tributos retenidos o percibidos, el presente régimen será de aplicación siempre que se presente la declaración del tributo omitido y se cancelen éstos o la Orden de Pago o Resolución de Determinación, de ser el caso, y Resolución de Multa, según corresponda.

La subsanación parcial determinará que se aplique la rebaja en función a lo declarado con ocasión de la subsanación.

El régimen de incentivos se perderá si el deudor tributario, luego de acogerse a él, interpone cualquier impugnación, salvo que el medio impugnatorio esté referido a la aplicación del régimen de incentivos.

(256) El presente régimen no es de aplicación para las sanciones que imponga la SUNAT.

(256) Párrafo incorporado por el Artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012, que entró en vigencia a los treinta (30) días calendarios computados a partir del día siguiente de su publicación.

(253) Artículo sustituido por el Artículo 89 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 179-A.- Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(257) Artículo 180.- TIPOS DE SANCIONES

La Administración Tributaria aplicará, por la comisión de infracciones, las sanciones consistentes en multa, comiso, internamiento temporal de vehículos, cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes y suspensión temporal de licencias, permisos, concesiones, o autorizaciones vigentes otorgadas por entidades del Estado para el desempeño de actividades o servicios públicos de acuerdo a las Tablas que, como anexo, forman parte del presente Código.

(258) Las multas se podrán determinar en función:

a) UIT: La Unidad Impositiva Tributaria vigente a la fecha en que se cometió la infracción y cuando no sea posible establecerla, la que se encontrara vigente a la fecha en que la Administración detectó la infracción.

b) IN: Total de Ventas Netas y/o ingresos por servicios y otros ingresos gravables y no gravables o ingresos netos o rentas netas comprendidos en un ejercicio gravable.

Para el caso de los deudores tributarios generadores de rentas de tercera categoría que se encuentren en el Régimen General se considerará la información contenida en los campos o casillas de la Declaración Jurada Anual del ejercicio anterior al de la comisión o detección de la infracción, según corresponda, en las que se consignen los conceptos de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables y no gravables de acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta. (*)

(*) Segundo párrafo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1270, publicado el 20 diciembre 2016, el mismo que entró en vigencia a partir del 1 de enero del 2017, cuyo texto es el siguiente:

"Para el caso de los deudores tributarios generadores de rentas de tercera categoría que se encuentren en el Régimen General y aquellos del Régimen MYPE Tributario se considerará la información contenida en los campos o casillas de la Declaración Jurada Anual del ejercicio anterior al de la comisión o detección de la infracción, según corresponda, en las que se consignen los conceptos de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables y no gravables de acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta."

Para el caso de los deudores tributarios acogidos al Régimen Especial del Impuesto a la Renta, el IN resultará del acumulado de la información contenida en los campos o casillas de ingresos netos declarados en las declaraciones mensuales presentadas por dichos sujetos durante el ejercicio anterior al de la comisión o detección de la infracción, según corresponda.

Para el caso de personas naturales que perciban rentas de primera y/o segunda y/o cuarta y/o quinta categoría y/o renta de fuente extranjera, el IN será el resultado de acumular la información contenida en los campos o casillas de rentas netas de cada una de dichas rentas que se encuentran en la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta del ejercicio anterior al de la comisión o detección de la infracción, según sea el caso.

Si la comisión o detección de las infracciones ocurre antes de la presentación o vencimiento de la Declaración Jurada Anual, la sanción se calculará en función a la Declaración Jurada Anual del ejercicio precedente al anterior.

Cuando el deudor tributario haya presentado la Declaración Jurada Anual o declaraciones juradas mensuales, pero no consigne o declare cero en los campos o casillas de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables y no gravables o rentas netas o ingresos netos, o cuando no se encuentra obligado a presentar la Declaración Jurada Anual o las declaraciones mensuales, o cuando hubiera iniciado operaciones en el ejercicio en que se cometió o detectó la infracción, o cuando hubiera iniciado operaciones en el ejercicio anterior y no hubiera vencido el plazo para la presentación de la Declaración Jurada Anual, se aplicará una multa equivalente al cuarenta por ciento (40%) de la UIT. (*)

(*) Sexto párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016, cuyo texto es el siguiente:

"Cuando el deudor tributario haya presentado la Declaración Jurada Anual o declaraciones juradas mensuales, pero no consigne o declare cero en los campos o casillas de Ventas Netas y/o Ingresos por Servicios y otros ingresos gravables y no gravables o rentas netas o ingresos netos; o cuando no se encuentra obligado a presentar la Declaración Jurada Anual o las declaraciones mensuales; o cuando hubiera iniciado operaciones en el ejercicio en que se cometió o detectó la infracción; o cuando hubiera iniciado operaciones en el ejercicio anterior y no hubiera vencido el plazo para la presentación de la Declaración Jurada Anual; o cuando se trate de sujetos que no generan ingresos e incumplen con las obligaciones vinculadas a la asistencia administrativa mutua en materia tributaria; se aplicará una multa equivalente al cuarenta por ciento (40%) de la UIT."

Para el cálculo del IN en el caso de los deudores tributarios que en el ejercicio anterior o precedente al anterior se hubieran encontrado en más de un régimen tributario, se considerará el total acumulado de los montos señalados en el segundo y tercer párrafo del presente inciso que correspondería a cada régimen en el que se encontró o se encuentre, respectivamente, el sujeto del impuesto. Si el deudor tributario se hubiera encontrado acogido al Nuevo RUS, se sumará al total acumulado, el límite máximo de los ingresos brutos mensuales de cada categoría por el número de meses correspondiente.

Cuando el deudor tributario sea omiso a la presentación de la Declaración Jurada Anual o de dos o más declaraciones juradas mensuales para los acogidos al Régimen Especial del Impuesto a la Renta, se aplicará una multa correspondiente al ochenta por ciento (80 %) de la UIT.

c) I: Cuatro (4) veces el límite máximo de cada categoría de los Ingresos brutos mensuales del Nuevo Régimen Único Simplificado (RUS) por las actividades de ventas o servicios prestados por el sujeto del Nuevo RUS, según la categoría en que se encuentra o deba encontrarse ubicado el citado sujeto.

d) El tributo omitido, no retenido o no percibido, no pagado, el monto aumentado indebidamente y otros conceptos que se tomen como referencia.

e) El monto no entregado.

(258) Párrafo sustituido por el Artículo 47 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(257) Artículo sustituido por el Artículo 91 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CONCORDANCIAS: R.N° 013-2017-OEFA-CD, Primera Disp. Comp. Final (Cálculo de las Multas)

(259) Artículo 181.- ACTUALIZACIÓN DE LAS MULTAS

1. Interés aplicable

Las multas impagas serán actualizadas aplicando el interés moratorio a que se refiere el Artículo 33.

2. Oportunidad

El interés moratorio se aplicará desde la fecha en que se cometió la infracción o, cuando no sea posible establecerla, desde la fecha en que la Administración detectó la infracción.

(259) Artículo sustituido por el Artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

(260) Artículo 182.- SANCIÓN DE INTERNAMIENTO TEMPORAL DE VEHÍCULOS

Por la sanción de internamiento temporal de vehículos, éstos son ingresados a los depósitos o establecimientos que designe la SUNAT. Dicha sanción se aplicará según lo previsto en las Tablas y de acuerdo al procedimiento que se establecerá mediante Resolución de Superintendencia.

Al ser detectada una infracción sancionada con internamiento temporal de vehículo, la SUNAT levantará el acta probatoria en la que conste la intervención realizada.

La SUNAT podrá permitir que el vehículo materia de la sanción termine su trayecto para que luego sea puesto a su disposición, en el plazo, lugar y condiciones que ésta señale.

Si el infractor no pusiera a disposición de SUNAT el vehículo intervenido y ésta lo ubicara, podrá inmovilizarlo con la finalidad de garantizar la aplicación de la sanción, o podrá solicitar la captura del citado vehículo a las autoridades policiales correspondientes.

La SUNAT podrá sustituir la aplicación de la sanción de internamiento temporal de vehículos por una multa equivalente a cuatro (4) UIT, cuando la referida Institución lo determine en base a criterios que ésta establezca.

El infractor debe identificarse ante la SUNAT, acreditando su derecho de propiedad o posesión sobre el vehículo, durante el plazo de treinta (30) días calendario computados desde el levantamiento del acta probatoria.

Si el infractor acredita la propiedad o posesión sobre el vehículo intervenido con el comprobante de pago que cumpla con los requisitos y características señaladas en la norma sobre la materia o, con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio de la SUNAT acredite fehacientemente su derecho de propiedad o posesión sobre el vehículo, dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, ésta procederá a emitir la Resolución de Internamiento correspondiente, cuya impugnación no suspenderá la aplicación de la sanción, salvo que se presente el caso establecido en el inciso c) del noveno párrafo del presente artículo. En caso la acreditación sea efectuada en los tres (3) últimos días de aplicación de la sanción de internamiento temporal de vehículos, la SUNAT emitirá la Resolución de Internamiento dentro de un plazo máximo de tres (3) días hábiles posteriores a la fecha de acreditación, período durante el cual el vehículo permanecerá en el depósito o establecimiento respectivo.(*)

(*) Sétimo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Si el infractor acredita la propiedad o posesión sobre el vehículo intervenido con el comprobante de pago que cumpla con los requisitos y características señaladas en la norma sobre la materia o, con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio de la SUNAT acredite fehacientemente su derecho de propiedad o posesión sobre el vehículo, dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, ésta procederá a emitir la resolución de internamiento correspondiente, cuya impugnación no suspenderá la aplicación de la sanción, salvo que se presente el caso establecido en el inciso c) del octavo párrafo del presente Artículo. En caso la acreditación sea efectuada en los tres (3) últimos días de aplicación de la sanción de internamiento temporal de vehículos, la SUNAT emitirá la resolución de internamiento dentro de un plazo máximo de tres (3) días hábiles posteriores a la fecha de acreditación, período durante el cual el vehículo permanecerá en el depósito o establecimiento respectivo."

El infractor está obligado a pagar los gastos derivados de la intervención, así como los originados por el depósito del vehículo hasta el momento de su retiro. (*)

(*) Octavo párrafo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

El infractor podrá retirar su vehículo de encontrarse en alguna de las situaciones siguientes:

a) Al vencimiento del plazo que corresponda a la sanción.

b) Al solicitar la sustitución de la sanción de internamiento por una multa de acuerdo al monto establecido en las Tablas, la misma que previamente al retiro del bien debe ser cancelada en su totalidad.

c) Al impugnar la Resolución de Internamiento y otorgar en garantía carta fianza bancaria o financiera que cubra el valor de cuatro (4) UIT más los gastos señalados en el párrafo octavo del presente numeral. (*)

(*) Noveno párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"El infractor podrá retirar su vehículo de encontrarse en alguna de las situaciones siguientes:

a) Al vencimiento del plazo que corresponda a la sanción.

b) Al solicitar la sustitución de la sanción de internamiento por una multa de acuerdo al monto establecido en las Tablas, la misma que previamente al retiro del bien debe ser cancelada en su totalidad.

c) Al impugnar la resolución de internamiento y otorgar en garantía carta fianza bancaria o financiera que cubra el valor de cuatro (4) UIT."

A tal efecto, el infractor además, deberá previamente cumplir con:

a) Efectuar el pago de los gastos señalados en el párrafo anterior.

b) Acreditar su inscripción en los registros de la SUNAT tomando en cuenta la actividad que realiza, cuando se encuentre obligado a inscribirse.

c) Señalar nuevo domicilio fiscal, en el caso que se encuentre en la condición de no habido; o darse de alta en el RUC cuando la SUNAT le hubiera comunicado su situación de baja en dicho Registro, de corresponder.(*)

(*) Décimo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"A tal efecto, el infractor además, deberá previamente cumplir con:

a) Acreditar su inscripción en los registros de la SUNAT tomando en cuenta la actividad que realiza, cuando se encuentre obligado a inscribirse.

b) Señalar nuevo domicilio fiscal, en el caso que se encuentre en la condición de no habido; o darse de alta en el RUC cuando la SUNAT le hubiera comunicado su situación de baja en dicho registro, de corresponder."

La carta fianza bancaria o financiera a que se refiere el inciso c) del noveno párrafo, debe tener una vigencia de tres (3) meses posteriores a la fecha de la interposición del medio impugnatorio, debiendo renovarse según lo señale la SUNAT. (*)

(*) Décimo primer párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"La carta fianza bancaria o financiera a que se refiere el inciso c) del octavo párrafo, debe tener una vigencia de tres (3) meses posteriores a la fecha de la interposición del medio impugnatorio, debiendo renovarse según lo señale la SUNAT."

La carta fianza será ejecutada cuando:

a) Se confirme la Resolución de Internamiento Temporal.

b) Cuando el infractor no cumpla con renovarla y actualizarla dentro del plazo señalado por SUNAT. En este caso, el dinero producto de la ejecución, se depositará en una Institución Bancaria, hasta que el medio impugnatorio se resuelva.

Las condiciones de la carta fianza, así como el procedimiento para su presentación serán establecidas por la SUNAT.

De haberse identificado el infractor y acreditado la propiedad o posesión sobre el vehículo, pero éste no realiza el pago de los gastos señalados en el párrafo octavo del presente artículo, el vehículo será retenido a efectos de garantizar dicho pago, pudiendo ser rematado por la SUNAT transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles de notificada la Resolución de Internamiento, de acuerdo al procedimiento que ésta establezca. (*)

(*) Décimo cuarto párrafo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

El propietario del vehículo internado, que no es infractor, podrá acreditar ante la SUNAT, en el plazo y condiciones establecidas para el infractor, la propiedad del vehículo internado.

Tratándose del propietario que no es infractor la SUNAT procederá a emitir una Resolución de devolución de vehículo en el mismo plazo establecido para la Resolución de Internamiento, y siempre que se hubiera cumplido el plazo de la sanción establecido en las Tablas.

El propietario que no es infractor, a efectos de retirar el vehículo, deberá, además de lo señalado en los párrafos anteriores, previamente cumplir con:

a) Pagar los gastos derivados de la intervención, así como los originados por el depósito del vehículo, hasta el momento de su retiro.

b) Acreditar su inscripción en los registros de la SUNAT tomando en cuenta la actividad que realiza, cuando se encuentre obligado a inscribirse.

c) Señalar nuevo domicilio fiscal, en el caso que se encuentre en la condición de no habido; o darse de alta en el RUC cuando la SUNAT le hubiera comunicado su situación de baja en dicho Registro, de corresponder. (*)

(*) Décimo sétimo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"El propietario que no es infractor, a efectos de retirar el vehículo, deberá, además de lo señalado en los párrafos anteriores, previamente cumplir con:

a) Acreditar su inscripción en los registros de la SUNAT tomando en cuenta la actividad que realiza, cuando se encuentre obligado a inscribirse.

b) Señalar nuevo domicilio fiscal, en el caso que se encuentre en la condición de no habido; o darse de alta en el RUC cuando la SUNAT le hubiera comunicado su situación de baja en dicho registro, de corresponder."

De haber acreditado el propietario que no es infractor su derecho sobre el vehículo, pero éste no cumple con lo dispuesto en el párrafo anterior del presente artículo, el vehículo será retenido a efectos de asegurar el cumplimiento de lo señalado, pudiendo ser rematado por la SUNAT transcurrido el plazo de treinta (30) días hábiles de notificada la Resolución de devolución, de acuerdo al procedimiento que ésta establezca, a efecto de hacerse cobro de los gastos mencionados en el inciso a) del párrafo anterior. (*)

(*) Décimo octavo párrafo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

En caso que el infractor o el propietario que no es infractor no se identifiquen dentro de un plazo de treinta (30) días calendario de levantada el acta probatoria, la SUNAT declarará el vehículo en abandono, procediendo a rematarlo, destinarlo a entidades públicas o donarlo.

De impugnar el infractor la Resolución de Internamiento Temporal o la de abandono y ésta fuera revocada o declarada nula, se le devolverá al infractor, según corresponda:

a) El vehículo internado temporalmente, si éste se encuentra en los depósitos de la SUNAT o en los que ésta hubiera designado.

b) El monto de la multa y/o los gastos actualizados con la TIM desde el día siguiente de la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, si el infractor hubiera abonado dichos montos para recuperar su vehículo.

c) En caso haya otorgado carta fianza, la misma quedará a su disposición no correspondiendo el pago de interés alguno.

Si la carta fianza fue ejecutada conforme lo dispuesto en el duodécimo párrafo, se devolverá el importe ejecutado que hubiera sido depositado en una entidad bancaria o financiera más los intereses que dicha cuenta genere.

d) El valor señalado en la Resolución de Internamiento Temporal o de Abandono actualizado con la TIM, desde el día siguiente de realizado el internamiento hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, de haberse realizado el remate, donación o destino del vehículo.(*)

(*) Vigésimo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"De impugnar el infractor la resolución de internamiento temporal o la de abandono y ésta fuera revocada o declarada nula, se le devolverá al infractor, según corresponda:

a) El vehículo internado temporalmente, si éste se encuentra en los depósitos de la SUNAT o en los que ésta hubiera designado.

b) El monto de la multa actualizada con la TIM desde el día siguiente de la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, si el infractor hubiera abonado dicho monto para recuperar su vehículo.

c) En caso haya otorgado carta fianza, la misma quedará a su disposición no correspondiendo el pago de interés alguno.

Si la carta fianza fue ejecutada conforme lo dispuesto en el décimo primer párrafo, se devolverá el importe ejecutado que hubiera sido depositado en una entidad bancaria o financiera más los intereses que dicha cuenta genere.

d) El valor señalado en la resolución de internamiento temporal o de abandono actualizado con la TIM, desde el día siguiente de realizado el internamiento hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, de haberse realizado el remate, donación o destino del vehículo."

En caso que el vehículo haya sido rematado, el Tesoro Público restituirá el monto transferido del producto del remate conforme a lo dispuesto en las normas presupuestarias vigentes y la SUNAT restituirá la diferencia entre el valor consignado en la resolución correspondiente y el producto del remate, así como la parte que se constituyó como sus ingresos propios. Para los casos de donación o destino de los bienes, la SUNAT devolverá el valor correspondiente con sus ingresos propios.

De impugnar el propietario que no es infractor la Resolución de abandono y ésta fuera revocada o declarada nula, se le devolverá a dicho sujeto, según corresponda:

a) El vehículo internado temporalmente, si éste se encuentra en los depósitos de la SUNAT o en los que ésta hubiera designado.

b) El monto de la multa y/o los gastos actualizados con la TIM desde el día siguiente de la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, si el propietario que no es infractor hubiera abonado dichos montos para recuperar su vehículo.

c) El valor señalado en la Resolución de Abandono actualizado con la TIM, desde el día siguiente de realizado el internamiento hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, de haberse realizado el remate, donación o destino del vehículo. (*)

(*) Vigésimo segundo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"De impugnar el propietario que no es infractor la resolución de abandono y ésta fuera revocada o declarada nula, se le devolverá a dicho sujeto, según corresponda:

a) El vehículo internado temporalmente, si éste se encuentra en los depósitos de la SUNAT o en los que ésta hubiera designado.

b) El monto de la multa actualizada con la TIM desde el día siguiente de la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, si el propietario que no es infractor hubiera abonado dichos montos para recuperar su vehículo.

c) El valor señalado en la Resolución de Abandono actualizado con la TIM, desde el día siguiente de realizado el internamiento hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, de haberse realizado el remate, donación o destino del vehículo."

En caso que el vehículo haya sido rematado, el Tesoro Público restituirá el monto transferido del producto del remate conforme a lo dispuesto en las normas presupuestarias

vigentes y la SUNAT restituirá la diferencia entre el valor consignado en la resolución correspondiente y el producto del remate, así como la parte que se constituyó como sus ingresos propios. Para los casos de donación o destino de los bienes, la SUNAT devolverá el valor correspondiente con sus ingresos propios.

Sólo procederá el remate, donación o destino del vehículo internado luego que la SUNAT o el Tribunal Fiscal hayan resuelto el medio impugnatorio presentado, y éste haya quedado firme o consentido, de ser el caso.

La SUNAT no se responsabiliza por la pérdida o deterioro de los vehículos internados, cuando se produzca a consecuencia del desgaste natural, por caso fortuito o fuerza mayor, entendiéndose dentro de este último, las acciones realizadas por el propio infractor.

Para efectos de los vehículos declarados en abandono o aquéllos que deban rematarse, donarse o destinarse a entidades públicas, se deberá considerar lo siguiente:

a) Se entienden adjudicados al Estado los vehículos que se encuentren en dicha situación. A tal efecto, la SUNAT actúa en representación del Estado.

b) El producto del remate será destinado conforme lo señalen las normas presupuestales correspondientes.

También se entenderán adjudicados al Estado los vehículos que a pesar de haber sido acreditada su propiedad o posesión y haberse cumplido con lo dispuesto en décimo sexto párrafo del presente artículo, no son recogidos por el infractor o propietario que no es infractor, en un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente en que se cumplió con el pago de los gastos mencionados en el inciso a) del párrafo antes citado. (*)

(*) Vigésimo sétimo párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"También se entenderán adjudicados al Estado los vehículos que a pesar de haber sido acreditada su propiedad o posesión y haberse cumplido con lo dispuesto en el décimo cuarto párrafo del presente Artículo no son recogidos por el infractor o propietario que no es infractor, en un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución de devolución mencionada en el párrafo antes citado."

La SUNAT establecerá el procedimiento para la aplicación de la sanción de Internamiento Temporal de Vehículo, acreditación, remate, donación o destino del vehículo en infracción y demás normas necesarias para la mejor aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

Al aplicarse la sanción de internamiento temporal, la SUNAT podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, el cual será concedido de inmediato sin trámite previo, bajo sanción de destitución. (*)

(260) Artículo sustituido por el Artículo 48 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) De conformidad con el Literal c) de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, se extingue la deuda por los gastos originados en la aplicación de las sanciones no pecuniarias a que se refiere el presente Artículo que hasta la fecha se hubieran generado.

(261) Artículo 183.- SANCIÓN DE CIERRE TEMPORAL

Cuando el deudor tributario tenga varios establecimientos, y hubiera incurrido en las infracciones de no emitir y/o no otorgar los comprobantes de pago o documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión, emitir y/u otorgar documentos que no reúnen los requisitos y características para ser considerados como comprobantes de pago o como documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión, o emitir y/u otorgar comprobantes de pago o documentos complementarios a éstos, distintos a la guía de remisión, que no correspondan al régimen del deudor tributario o al tipo de operación realizada de conformidad con las leyes, reglamentos o Resolución de Superintendencia de la SUNAT, la sanción de cierre se aplicará en el establecimiento en el que se cometió, o en su defecto, se detectó la infracción. Tratándose de las demás infracciones, la sanción de cierre se aplicará en el domicilio fiscal del infractor.

Cuando exista imposibilidad de aplicar el cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, la SUNAT adoptará las acciones necesarias para impedir el desarrollo de la actividad que dió lugar a la infracción, por el período que correspondería al cierre.

Al aplicarse la sanción de cierre temporal, la SUNAT podrá requerir el auxilio de la Fuerza Pública, que será concedido de inmediato sin trámite previo, bajo responsabilidad.

(262) La SUNAT podrá sustituir la sanción de cierre temporal por:

a) Una multa, si las consecuencias que pudieran seguir a un cierre temporal lo ameritan, cuando por acción del deudor tributario sea imposible aplicar la sanción de cierre o cuando la SUNAT lo determine en base a los criterios que ésta establezca mediante Resolución de Superintendencia.

La multa será equivalente al cinco por ciento (5%) del importe de los ingresos netos, de la última declaración jurada mensual presentada a la fecha en que se cometió la infracción, sin que en ningún caso la multa exceda de las ocho (8) UIT.

Cuando no exista presentación de declaraciones o cuando en la última presentada no se hubiera declarado ingresos, se aplicará el monto establecido en las Tablas que, como anexo, forman parte del presente Código.

b) La suspensión de las licencias, permisos concesiones o autorizaciones vigentes, otorgadas por entidades del Estado, para el desempeño de cualquier actividad o servicio público se aplicará con un mínimo de uno (1) y un máximo de diez (10) días calendario.

La SUNAT mediante Resolución de Superintendencia podrá dictar las normas necesarias para la mejor aplicación de la sanción.

Para la aplicación de la sanción, la Administración Tributaria notificará a la entidad del Estado correspondiente para que realice la suspensión de la licencia, permiso, concesión o autorización. Dicha entidad se encuentra obligada, bajo responsabilidad, a cumplir con la solicitud de la Administración Tributaria. Para tal efecto, es suficiente la comunicación o requerimiento de ésta.

(262) Párrafo sustituido por el Artículo 49 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

La sanción de cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, y la de suspensión a que se refiere el presente artículo, no liberan al infractor del pago de las remuneraciones que corresponde a sus trabajadores durante los días de aplicación de la sanción, ni de computar esos días como laborados para efecto del jornal dominical, vacaciones, régimen de participación de utilidades, compensación por tiempo de servicios y, en general, para todo derecho que generen los días efectivamente laborados; salvo para el trabajador o trabajadores que hubieran resultado responsables, por acción u omisión, de la infracción por la cual se aplicó la sanción de cierre temporal. El contribuyente sancionado deberá comunicar tal hecho a la Autoridad de Trabajo.

Durante el período de cierre o suspensión, no se podrá otorgar vacaciones a los trabajadores, salvo las programadas con anticipación.

La SUNAT podrá dictar las normas necesarias para la mejor aplicación del procedimiento de cierre, mediante Resolución de Superintendencia.

(261) Artículo sustituido por el Artículo 94 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(263) Artículo 184.- SANCIÓN DE COMISO

Detectada la infracción sancionada con comiso de acuerdo a las Tablas se procederá a levantar un Acta Probatoria. La elaboración del Acta Probatoria se iniciará en el lugar de la intervención o en el lugar en el cual quedarán depositados los bienes comisados o en el lugar que por razones climáticas, dé seguridad u otras, estime adecuado el funcionario de la SUNAT.

La descripción de los bienes materia de comiso podrá constar en un anexo del Acta Probatoria que podrá ser elaborado en el local designado como depósito de los bienes comisados. En este caso, el Acta Probatoria se considerará levantada cuando se culmine la elaboración del mencionado anexo.

Levantada el Acta Probatoria en la que conste la infracción sancionada con el comiso:

a) Tratándose de bienes no perecederos, el infractor tendrá:

Un plazo de diez (10) días hábiles para acreditar, ante la SUNAT, con el comprobante de pago que cumpla con los requisitos y características señaladas en la norma sobre la materia o, con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la SUNAT, acredite fehacientemente su derecho de propiedad o posesión sobre los bienes comisados.

Luego de la acreditación antes mencionada y dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, la SUNAT procederá a emitir la Resolución de Comiso correspondiente; en cuyo caso el infractor podrá recuperar los bienes, si en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución de comiso, cumple con pagar, además de los gastos que originó la ejecución del comiso, una multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor de los bienes señalado en la resolución correspondiente. La multa no podrá exceder de seis (6) UIT.

Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles, señalado en el presente inciso, no se paga la multa y los gastos vinculados al comiso, la SUNAT podrá rematar los bienes, destinarlos a entidades públicas o donarlos, aun cuando se hubiera interpuesto medio impugnatorio.

La SUNAT declarará los bienes en abandono, si el infractor no acredita su derecho de propiedad o posesión dentro del plazo de diez (10) días hábiles de levantada el acta probatoria.

b) Tratándose de bienes perecederos o que por su naturaleza no pudieran mantenerse en depósito, el infractor tendrá:

Un plazo de dos (2) días hábiles para acreditar ante SUNAT, con el comprobante de pago que cumpla con los requisitos y características señaladas en la norma sobre la materia o, con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio de la SUNAT acredite fehacientemente su derecho de propiedad o posesión sobre los bienes comisados.

Luego de la acreditación antes mencionada y dentro del plazo de quince (15) días hábiles, la SUNAT procederá a emitir la resolución de comiso correspondiente; en cuyo caso el infractor podrá recuperar los bienes si en el plazo de dos (2) días hábiles de notificada la resolución de comiso, cumple con pagar además de los gastos que originó la ejecución del comiso, una multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor de los bienes señalado en la resolución correspondiente. La multa no podrá exceder de seis (6) UIT.

Si dentro del plazo antes señalado no se paga la multa y los gastos vinculados al comiso, la SUNAT podrá rematarlos, destinarlos a entidades públicas o donarlos; aún cuando se hubiera interpuesto medio impugnatorio.

La SUNAT declarará los bienes en abandono si el infractor no acredita su derecho de propiedad o posesión dentro del plazo de dos (2) días hábiles de levantada el acta probatoria. (*)

(*) Tercer párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Levantada el acta probatoria en la que conste la infracción sancionada con el comiso:

a) Tratándose de bienes no perecederos, el infractor tendrá:

Un plazo de diez (10) días hábiles para acreditar, ante la SUNAT, con el comprobante de pago que cumpla con los requisitos y características señaladas en la norma sobre la materia o, con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la SUNAT, acredite fehacientemente su derecho de propiedad o posesión sobre los bienes comisados.

Luego de la acreditación antes mencionada, y dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, la SUNAT procederá a emitir la resolución de comiso correspondiente; en cuyo caso el infractor podrá recuperar los bienes, si en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución de comiso, cumple con pagar una multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor de los bienes señalados en la resolución correspondiente. La multa no podrá exceder de seis (6) UIT.

Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles, señalado en el presente inciso, no se paga la multa, la SUNAT podrá rematar los bienes, destinarlos a entidades públicas o donarlos, aun cuando se hubiera interpuesto medio impugnatorio.

La SUNAT declarará los bienes en abandono, si el infractor no acredita su derecho de propiedad o posesión dentro del plazo de diez (10) días hábiles de levantada el acta probatoria.

b) Tratándose de bienes perecederos o que por su naturaleza no pudieran mantenerse en depósito, el infractor tendrá:

Un plazo de dos (2) días hábiles para acreditar ante SUNAT, con el comprobante de pago que cumpla con los requisitos y características señaladas en la norma sobre la materia o, con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio de la SUNAT acredite fehacientemente su derecho de propiedad o posesión sobre los bienes comisados.

Luego de la acreditación antes mencionada, y dentro del plazo de quince (15) días hábiles, la SUNAT procederá a emitir la resolución de comiso correspondiente; en cuyo caso el infractor podrá recuperar los bienes si en el plazo de dos (2) días hábiles de notificada la resolución de comiso, cumple con pagar una multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor de los bienes señalado en la resolución correspondiente. La multa no podrá exceder de seis (6) UIT.

Si dentro del plazo antes señalado no se paga la multa la SUNAT podrá rematarlos, destinarlos a entidades públicas o donarlos; aun cuando se hubiera interpuesto medio impugnatorio.

La SUNAT declarará los bienes en abandono si el infractor no acredita su derecho de propiedad o posesión dentro del plazo de dos (2) días hábiles de levantada el acta probatoria."

Mediante Resolución de Superintendencia de la SUNAT, se podrá establecer los criterios para determinar las características que deben tener los bienes para considerarse como perecederos o no perecederos.

El propietario de los bienes comisados, que no es infractor, podrá acreditar ante la SUNAT en los plazos y condiciones mencionados en el tercer párrafo del presente artículo, la propiedad de los bienes.

Tratándose del propietario que no es infractor la SUNAT procederá a emitir una resolución de devolución de bienes comisados en los mismos plazos establecidos en el tercer párrafo para la emisión de la Resolución de Comiso, pudiendo el propietario recuperar sus bienes si en un plazo de quince (15) días hábiles, tratándose de bienes no perecederos, o de dos (2) días hábiles, si son bienes perecederos o que por su naturaleza no pudieran mantenerse en depósito, cumple con pagar la multa para recuperar los mismos, así como los gastos que originó la ejecución del comiso. En este caso, la SUNAT no emitirá la Resolución de Comiso. Si dentro del plazo antes señalado no se paga la multa y los gastos vinculados al comiso, la SUNAT podrá rematarlos, destinarlos a entidades públicas o donarlos.(*)

(*) Sexto párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"Tratándose del propietario que no es infractor, la SUNAT procederá a emitir una resolución de devolución de bienes comisados en los mismos plazos establecidos en el tercer párrafo para la emisión de la resolución de comiso, pudiendo el propietario recuperar sus bienes si en un plazo de quince (15) días hábiles, tratándose de bienes no perecederos, o de dos (2) días hábiles, si son bienes perecederos o que por su naturaleza no pudieran mantenerse en depósito, cumple con pagar la multa para recuperar los mismos. En este caso, la SUNAT no emitirá la resolución de comiso. Si dentro del plazo antes señalado no se paga la multa, la SUNAT podrá rematarlos, destinarlos a entidades públicas o donarlos."

La SUNAT declarará los bienes en abandono si el propietario que no es infractor no acredita su derecho de propiedad o posesión dentro del plazo de diez (10) o de dos (2) días hábiles de levantada el acta probatoria, a que se refiere el tercer párrafo del presente artículo.

Excepcionalmente, cuando la naturaleza de los bienes lo amerite o se requiera depósitos especiales para la conservación y almacenamiento de éstos que la SUNAT no posea o no disponga en el lugar donde se realiza la intervención, ésta podrá aplicar una multa, salvo que pueda realizarse el remate o donación inmediata de los bienes materia de comiso. Dicho remate o donación se realizará de acuerdo al procedimiento que establezca la SUNAT, aun cuando se hubiera interpuesto medio impugnatorio.

La multa a que hace referencia el párrafo anterior será la prevista en la nota (7) para las Tablas I y II y en la nota (8) para la Tabla III, según corresponda.

En los casos que proceda el cobro de gastos, los pagos se imputarán en primer lugar a éstos y luego a la multa correspondiente. (*)

(*) Décimo párrafo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014.

Los bienes comisados que sean contrarios a la soberanía nacional, a la moral, a la salud pública, al medio ambiente, los no aptos para el uso o consumo, los adulterados, o cuya venta, circulación, uso o tenencia se encuentre prohibida de acuerdo a la normatividad nacional serán destruidos por la SUNAT. En ningún caso, se reintegrará el valor de los bienes antes mencionados.

Si habiéndose procedido a rematar los bienes, no se realiza la venta en la tercera oportunidad, éstos deberán ser destinados a entidades públicas o donados.

En todos los casos en que se proceda a realizar la donación de bienes comisados, los beneficiarios deberán ser las instituciones sin fines de lucro de tipo asistencial, educacional o religioso oficialmente reconocidas, quienes deberán destinar los bienes a sus fines propios, no pudiendo transferirlos hasta dentro de un plazo de dos (2) años. En este caso, los ingresos de la

transferencia también deberán ser destinados a los fines propios de la entidad o institución beneficiada.

Para efectos de los bienes declarados en abandono o aquéllos que deban rematarse, donarse o destinarse a entidades públicas, se deberá considerar lo siguiente:

a) Se entienden adjudicados al Estado los bienes que se encuentren en dicha situación. A tal efecto, la SUNAT actúa en representación del Estado.

b) El producto del remate será destinado conforme lo señalen las normas presupuestales correspondientes.

También se entenderán adjudicados al Estado los bienes que a pesar de haber sido acreditada su propiedad o posesión y haberse cumplido con el pago de la multa y los gastos vinculados al comiso no son recogidos por el infractor o propietario que no es infractor, en un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente en que se cumplieron con todos los requisitos para su devolución.(*)

(*) Décimo quinto párrafo modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"También se entenderán adjudicados al Estado, los bienes que a pesar de haber sido acreditada su propiedad o posesión y haberse cumplido con el pago de la multa no son recogidos por el infractor o propietario que no es infractor, en un plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente en que se cumplieron con todos los requisitos para su devolución."

Cuando el infractor hubiera interpuesto medio impugnatorio contra la resolución de comiso o abandono y ésta fuera revocada o declarada nula, se le devolverá al infractor, según corresponda:

a) Los bienes comisados, si éstos se encuentran en los depósitos de la SUNAT o en los que ésta haya designado.

b) El valor señalado en la Resolución de Comiso o de Abandono actualizado con la TIM, desde el día siguiente de realizado el comiso hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, de haberse realizado el remate, donación o destino de los bienes comisados.

En caso que los bienes hayan sido rematados, el Tesoro Público restituirá el monto transferido del producto del remate conforme a lo dispuesto en las normas presupuestarias vigentes y la SUNAT restituirá la diferencia entre el valor consignado en la resolución correspondiente y el producto del remate, así como la parte que se constituyó como sus ingresos propios. Para los casos de donación o destino de los bienes, la SUNAT devolverá el valor correspondiente con sus ingresos propios.

c) El monto de la multa y/o los gastos que el infractor abonó para recuperar sus bienes, actualizado con la TIM, desde el día siguiente a la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva.

Tratándose de la impugnación de una resolución de abandono originada en la presentación de documentación del propietario que no es infractor, que luego fuera revocada o declarada nula, se devolverá al propietario, según corresponda:

a) Los bienes comisados, si éstos se encuentran en los depósitos de la SUNAT o en los que ésta haya designado.

b) El valor consignado en Resolución de Abandono actualizado con la TIM, desde el día siguiente de realizado el comiso hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva, de haberse realizado el remate, donación o destino de los bienes comisados.

En caso que los bienes hayan sido rematados, el Tesoro Público restituirá el monto transferido del producto del remate conforme a lo dispuesto a las normas presupuestarias a dicha Institución y la SUNAT restituirá la diferencia entre el valor consignado en la resolución

correspondiente y el producto del remate, así como la parte que se constituyó como sus ingresos propios. Para los casos de donación o destino de los bienes, la SUNAT devolverá el valor correspondiente con sus ingresos propios.

c) El monto de la multa y/o los gastos que el propietario que no es infractor abonó para recuperar sus bienes, actualizado con la TIM, desde el día siguiente a la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 15 de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, cuyo texto es el siguiente:

"c) El monto de la multa que el propietario que no es infractor abonó para recuperar sus bienes, actualizado con la TIM, desde el día siguiente a la fecha de pago hasta la fecha en que se ponga a disposición la devolución respectiva."

Al aplicarse la sanción de comiso, la SUNAT podrá requerir el auxilio de la Fuerza Pública, el cual será concedido de inmediato sin trámite previo, bajo sanción de destitución.

La SUNAT está facultada para trasladar a sus almacenes o a los establecimientos que ésta señale, los bienes comisados utilizando a tal efecto los vehículos en los cuales se transportan, para lo cual los infractores deberán brindar las facilidades del caso.

La SUNAT no es responsable por la pérdida o deterioro de los bienes comisados, cuando se produzca a consecuencia del desgaste natural, por caso fortuito, o fuerza mayor, entendiéndose dentro de este último, las acciones realizadas por el propio infractor.

Adicionalmente a lo dispuesto en el tercer, quinto, sexto y sétimo párrafos del presente artículo, para efecto del retiro de los bienes comisados, en un plazo máximo de quince (15) días hábiles y de dos (2) días hábiles de notificada la resolución de comiso tratándose de bienes no perecederos o perecederos, el infractor o el propietario que no es infractor deberá:

a) Acreditar su inscripción en los registros de la SUNAT tomando en cuenta la actividad que realiza, cuando se encuentre obligado a inscribirse.

b) Señalar nuevo domicilio fiscal, en el caso que se encuentre en la condición de no habido; o solicitar su alta en el RUC cuando la SUNAT le hubiera comunicado su situación de baja en dicho Registro, de corresponder.

c) Declarar los establecimientos anexos que no hubieran sido informados para efecto de la inscripción en el RUC.

d) Tratándose del comiso de máquinas registradoras, se deberá cumplir con acreditar que dichas máquinas se encuentren declaradas ante la SUNAT.

Para efecto del remate que se efectúe sobre los bienes comisados la tasación se efectuará por un (1) perito perteneciente a la SUNAT o designado por ella.

Excepcionalmente cuando, por causa imputable al sujeto intervenido, al infractor o a terceros, o cuando pueda afectarse el libre tránsito de personas distintas al sujeto intervenido o al infractor, no sea posible levantar el Acta Probatoria de acuerdo a lo señalado en el primer y segundo párrafo del presente artículo, en el lugar de la intervención, la SUNAT levantará un Acta Probatoria en la que bastará realizar una descripción genérica de los bienes comisados y deberá precintar, lacrar u adoptar otra medida de seguridad respecto de los bienes comisados. Una vez ingresados los bienes a los almacenes de la SUNAT, se levantará un Acta de Inventario Físico, en la cual constará el detalle de los bienes comisados. Si el sujeto intervenido o el que alegue ser propietario o poseedor de los mismos, no se encuentre presente al momento de elaborar el Acta de Inventario Físico o si presentándose se retira antes de la culminación del inventario o se niega a firmar el Acta de Inventario Físico, se dejará constancia de dichos hechos, bastando con la firma del Agente Fiscalizador de la SUNAT y del depositario de los bienes.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, excepcionalmente, el plazo para acreditar la propiedad o para declarar el abandono de los bienes a que se refiere el presente artículo, en el caso del infractor y del propietario que no es infractor, se computará a partir de la fecha de levantada el Acta de Inventario Físico, en caso el sujeto intervenido, infractor o propietario estuviere presente en la elaboración de la referida acta y se le entregue una copia de

la misma, o del día siguiente de publicada en la página web de la SUNAT el Acta de Inventario Físico, en caso no hubiera sido posible entregar copia de la misma al sujeto intervenido, infractor o propietario.

La SUNAT establecerá el procedimiento para la realización del comiso, acreditación, remate, donación, destino o destrucción de los bienes en infracción, así como de los bienes abandonados y demás normas necesarias para la mejor aplicación de lo dispuesto en el presente artículo. (*)

(263) Artículo sustituido por el Artículo 50 del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(*) De conformidad con el Literal c) de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30264, publicada el 16 noviembre 2014, se extingue la deuda por los gastos originados en la aplicación de las sanciones no pecuniarias a que se refiere el presente Artículo que hasta la fecha se hubieran generado.

Artículo 185.- Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.

(264) Artículo 186.- SANCIÓN A FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y OTROS QUE REALIZAN LABORES POR CUENTA DE ÉSTA

Los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública que por acción u omisión infrinjan lo dispuesto en el Artículo 96, serán sancionados con suspensión o destitución, de acuerdo a la gravedad de la falta.

El funcionario o servidor público que descubra la infracción deberá formular la denuncia administrativa respectiva.

También serán sancionados con suspensión o destitución, de acuerdo a la gravedad de la falta, los funcionarios y servidores públicos de la Administración Tributaria que infrinjan lo dispuesto en los Artículos 85 y 86.

(264) Artículo sustituido por el Artículo 96 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 187.- Artículo derogado por el Artículo 64 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

(265) Artículo 188.- SANCIÓN A MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO, NOTARIOS Y MARTILLEROS PÚBLICOS

Los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público que infrinjan lo dispuesto en el Artículo 96, que no cumplan con lo solicitado expresamente por la Administración Tributaria o dificulten el ejercicio de las funciones de ésta, serán sancionados de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, según corresponda, para cuyo efecto la denuncia será presentada por el Ministro de Economía y Finanzas.

Los notarios y martilleros públicos que infrinjan lo dispuesto en el Artículo 96, serán sancionados conforme a las normas vigentes.

(265) Artículo sustituido por el Artículo 97 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

TÍTULO II

DELITOS

(266) Artículo 189.- JUSTICIA PENAL

Corresponde a la justicia penal ordinaria la instrucción, juzgamiento y aplicación de las penas en los delitos tributarios, de conformidad a la legislación sobre la materia.

(267) No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia.

(267) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización.

Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas.

El Ministro de Justicia coordinará con el Presidente de la Corte Suprema de la República la creación de Juzgados Especializados en materia tributaria o con el Fiscal de la Nación el nombramiento de Fiscales Ad Hoc, cuando las circunstancias especiales lo ameriten o a instancia del Ministro de Economía y Finanzas.

(266) Artículo sustituido por el Artículo 61 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

Artículo 190.- AUTONOMÍA DE LAS PENAS POR DELITOS TRIBUTARIOS

Las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar.

Artículo 191.- REPARACIÓN CIVIL

No habrá lugar a reparación civil en los delitos tributarios cuando la Administración Tributaria haya hecho efectivo el cobro de la deuda tributaria correspondiente, que es independiente a la sanción penal.

(268) Artículo 192.- (269) COMUNICACIÓN DE INDICIOS DE DELITO TRIBUTARIO Y/O ADUANERO

(269) Epígrafe modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

Cualquier persona puede denunciar ante la Administración Tributaria la existencia de actos que presumiblemente constituyan delitos tributarios o aduaneros.

Los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública que en el ejercicio de sus funciones conozcan de hechos que presumiblemente constituyan delitos tributarios o delitos aduaneros, están obligados a informar de su existencia a su superior jerárquico por escrito, bajo responsabilidad.

(270) La Administración Tributaria, cuando en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de delito tributario y/o aduanero, o estén encaminados a dicho propósito, lo comunicará al Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo. En tal supuesto, de ser el caso, emitirá las Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, Órdenes de pago o los documentos aduaneros respectivos que correspondan, como consecuencia de la verificación o fiscalización, en un plazo que no exceda de noventa (90) días de la fecha de notificación de la Formalización de la Investigación Preparatoria o del Auto de Apertura de Instrucción a la Administración Tributaria. En caso de incumplimiento, el Fiscal o el Juez Penal podrá disponer la suspensión del proceso penal, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar.

(270) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

(271) En caso de iniciarse el proceso penal, el Fiscal, el Juez o el Presidente de la Sala Superior competente dispondrá, bajo responsabilidad, la notificación al Órgano Administrador del Tributo, de todas las disposiciones fiscales, resoluciones judiciales, informe de peritos, dictámenes del Ministerio Público e Informe del Juez que se emitan durante la tramitación de dicho proceso."

(271) Párrafo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012, que entró en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

En los procesos penales por delitos tributarios, aduaneros o delitos conexos, se considerará parte agraviada a la Administración Tributaria, quien podrá constituirse en parte civil.

(268) Artículo sustituido por el Artículo 98 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

Artículo 193.- FACULTAD PARA DENUNCIAR OTROS DELITOS

La Administración Tributaria formulará la denuncia correspondiente en los casos que encuentre indicios razonables de la comisión de delitos en general, quedando facultada para constituirse en parte civil.

(272) Artículo 194.- INFORMES DE PERITOS

Los informes técnicos o contables emitidos por los funcionarios de la SUNAT, que realizaron la investigación administrativa del presunto delito tributario, tendrán, para todo efecto legal, el valor de pericia institucional.

(272) Artículo modificado por el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1123, publicado el 23 de julio de 2012.

DISPOSICIONES FINALES

(273) PRIMERA.- Tratándose de deudores en proceso de reestructuración patrimonial, procedimiento simplificado, concurso preventivo, disolución y liquidación, y concurso de acreedores, las deudas tributarias se sujetarán a los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley de Reestructuración Patrimonial.

En cualquier caso de incompatibilidad entre una disposición contenida en el presente Código y una disposición contenida en la Ley de Reestructuración Patrimonial, se preferirá la norma contenida en la Ley de Reestructuración Patrimonial, en tanto norma especial aplicable a los casos de procesos de reestructuración patrimonial, procedimiento simplificado, concurso preventivo, disolución y liquidación y concurso de acreedores.

(273) Disposición Final modificada por la Décimo Primera Disposición Final de la Ley Nº 27146, publicada el 24 de junio de 1999.

SEGUNDA.- Derogada por el numeral 4 de la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 845, publicado el 21 de setiembre de 1996.

TERCERA.- A los libros de actas y, registros y libros contables que se encuentren comprendidos en el numeral 16) del Artículo 62, no se les aplicará lo establecido en los Artículos 112 a 116 de la Ley Nº 26002, la Ley Nº 26501 y todas aquellas normas que se opongan al numeral antes citado.

CUARTA.- Precísase que a los procedimientos tributarios no se les aplicará lo dispuesto en el Artículo 13 del Texto Unico de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, excepto cuando surja una cuestión contenciosa que de no decidirse en la vía judicial, impida al órgano resolutor emitir un pronunciamiento en la vía administrativa.

QUINTA.- Disposición Final derogada por el Artículo 100 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(274) SEXTA.- (275) Se autoriza a la Administración Tributaria y al Tribunal Fiscal a sustituir su archivo físico de documentos permanentes y temporales por un archivo en medios de almacenamiento óptico, microformas o microarchivos o cualquier otro medio que permita su conservación idónea.

(275) Párrafo modificado por la Novena Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

El procedimiento para la sustitución o conversión antes mencionada se regirá por las normas establecidas en el Decreto Legislativo Nº 827.

(276) Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas se establecerán los procedimientos a los que deberán ceñirse para la eliminación del documento.

(276) Párrafo modificado por la Novena Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

(274) Disposición Final sustituida por la Décima Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

SÉTIMA.- Precísase que el número máximo de días de cierre a que se refiere el Artículo 183, no es de aplicación cuando el Tribunal Fiscal desestime la apelación interpuesta contra una resolución de cierre de conformidad con el Artículo 185.

(277) OCTAVA.- La SUNAT podrá requerir a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, la Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP, así como a cualquier entidad del Sector Público Nacional la información necesaria que ésta requiera para el cumplimiento de sus fines, respecto de cualquier persona natural o jurídica

sometida al ámbito de su competencia. Tratándose del RENIEC, la referida obligación no contraviene lo dispuesto en el Artículo 7 de la Ley Nº 26497.

Las entidades a que hace referencia el párrafo anterior, están obligadas a proporcionar la información requerida en la forma y plazos que la SUNAT establezca.

(277) Disposición Final sustituida por el Artículo 63 de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.

NOVENA.- Redondeo

La deuda tributaria se expresará en números enteros. Asimismo para fijar porcentajes, factores de actualización, actualización de coeficientes, tasas de intereses moratorios u otros conceptos, se podrá utilizar decimales.

Mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar se establecerá, para todo efecto tributario, el número de decimales a utilizar para fijar porcentajes, factores de actualización, actualización de coeficientes, tasas de intereses moratorios u otros conceptos, así como el procedimiento de redondeo.

(Primera Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMA.- Pagos y devoluciones en exceso o indebidas

Lo dispuesto en el Artículo 38 se aplicará para los pagos en exceso, indebidos o, en su caso, que se tornen en indebidos, que se efectúen a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley. Las solicitudes de devolución en trámite continuarán ciñéndose al procedimiento señalado en el Artículo 38 del Código Tributario según el texto vigente con anterioridad al de la presente Ley.

(Segunda Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO PRIMERA.- Reclamación

Las resoluciones que resuelven las solicitudes de devolución, así como aquellas que determinan la pérdida del fraccionamiento establecido por el presente Código o por normas especiales; serán reclamadas dentro del plazo establecido en el primer párrafo del Artículo 137.

(Tercera Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO SEGUNDA- Aplicación supletoria del Código Procesal Civil

Precísase que la demanda contencioso-administrativa contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal, es tramitada conforme a lo establecido en el Código Tributario y en lo no previsto en éste, es de aplicación supletoria lo establecido en el Código Procesal Civil.

(Cuarta Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO TERCERA.- Competencia

Incorpórase como último párrafo del Artículo 542 del Código Procesal Civil, aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 768, lo siguiente:

"Tratándose de la impugnación de resoluciones emanadas del Tribunal Fiscal, se aplicará el procedimiento establecido en el Código Tributario."

(Quinta Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO CUARTA.- Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva

Lo dispuesto en el numeral 7.1 del Artículo 7 de la Ley Nº 26979, no es de aplicación a los órganos de la Administración Tributaria cuyo personal, incluyendo Ejecutores y Auxiliares Coactivos, ingrese mediante Concurso Público.

(Sexta Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO QUINTA.- Ejecución Coactiva

(Sétima Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998. Derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

DÉCIMO SEXTA.- Régimen de Gradualidad

(Octava Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998. Derogada por el Artículo 100 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO SÉTIMA.- Seguridad Social

La SUNAT podrá ejercer las facultades que las normas legales le hayan conferido al Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS y Oficina de Normalización Previsional - ONP, en relación a la administración de las aportaciones, retribuciones, recargos, intereses, multas u otros adeudos, de acuerdo a lo establecido en los convenios que se celebren conforme a las leyes vigentes.

(Novena Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO OCTAVA.- Ley Penal Tributaria

Sustitúyase los Artículos 1, 3, 4 y 5 del Decreto Legislativo Nº 813 por el texto siguiente:

"Artículo 1.- El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa.

Artículo 3.- El que mediante la realización de las conductas descritas en los Artículos 1 y 2 del presente Decreto Legislativo, deja de pagar los tributos a su cargo durante un ejercicio gravable, tratándose de tributos de liquidación anual, o durante un período de 12 (doce) meses, tratándose de tributos de liquidación mensual, por un monto que no exceda de 5 (cinco) Unidades Impositivas Tributarias vigentes al inicio del ejercicio o del último mes del período, según sea el

caso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa.

Tratándose de tributos cuya liquidación no sea anual ni mensual, también será de aplicación lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 4.- La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa cuando:

a) Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.

b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos una vez iniciado el procedimiento de verificación y/o fiscalización.

Artículo 5.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa, el que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables:

a) Incumpla totalmente dicha obligación.

b) No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables.

c) Realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables.

d) Destruya u oculte total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación.”

(Décimo Primera Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

DÉCIMO NOVENA.- Justicia Penal

Sustitúyase el Artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 815, por el texto siguiente:

"Artículo 2.- El que encontrándose incurso en una investigación administrativa a cargo del Organo Administrador del Tributo, o en una investigación fiscal a cargo del Ministerio Público, o en el desarrollo de un proceso penal, proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito tributario, será beneficiado en la sentencia con reducción de pena tratándose de autores y con exclusión de pena a los partícipes, siempre y cuando la información proporcionada haga posible alguna de las siguientes situaciones:

a) Evitar la comisión del delito tributario en que interviene.

b) Promover el esclarecimiento del delito tributario en que intervino.

c) La captura del autor o autores del delito tributario, así como de los partícipes.

El beneficio establecido en el presente artículo será concedido por los jueces con criterio de conciencia y previa opinión favorable del Ministerio Público.

Los partícipes que se acojan al beneficio del presente Decreto Legislativo, antes de la fecha de presentación de la denuncia por el Organo Administrador del Tributo, o a falta de ésta, antes del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público y que cumplan con los requisitos señalados en el presente artículo serán considerados como testigos en el proceso penal."

(Décimo Segunda Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

VIGÉSIMA.- Excepción

Excepcionalmente, hasta el 30 de junio de 1999:

a) Las personas que se encuentren sujetas a fiscalización por el Órgano Administrador del Tributo o investigación fiscal a cargo del Ministerio Público, sin que previamente se haya ejercitado acción penal en su contra por delito tributario, podrán acogerse a lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 189 del Código Tributario, modificado por la presente Ley.

b) Las personas que se encuentren incursas en procesos penales por delito tributario en los cuales no se haya formulado acusación por parte del Fiscal Superior, podrán solicitar al Organo Jurisdiccional el archivamiento definitivo del proceso penal, siempre que regularicen su situación tributaria de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 189 del Código Tributario, modificado por la presente Ley.

Para tal efecto, el Organo Jurisdiccional antes de resolver el archivamiento definitivo, deberá solicitar al Organo Administrador del Tributo que establezca el monto a regularizar a que hace referencia el cuarto párrafo del Artículo 189 del Código Tributario modificado por la presente Ley.

Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se establecerá las condiciones para el acogimiento al presente beneficio.

(Décimo Tercera Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998. El plazo para acogerse al beneficio contenido en la misma fue prorrogado por el Artículo 1 de la Ley Nº 27080, publicada el 29 de marzo de 1999.)

VIGÉSIMO PRIMERA.- No habido

Para efecto del presente Código Tributario, la condición de no habido se fijará de acuerdo a las normas que se establezcan mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

(Décimo Cuarta Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Vigencia

La Ley Nº 27038 entrará en vigencia el 1 de enero de 1999.

(Décimo Quinta Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998.)

VIGÉSIMO TERCERA.- Devolución de pagos indebidos o en exceso

(Primera Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000, derogada por el Artículo 100 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

VIGÉSIMO CUARTA.- Compensación del Impuesto de Promoción Municipal (IPM)

El requisito para la procedencia de la compensación previsto en el Artículo 40 del Código Tributario modificado por la presente Ley, respecto a que la recaudación constituya ingreso de una misma entidad, no es de aplicación para el Impuesto de Promoción Municipal (IPM) a que se refiere el Artículo 76 de la Ley de Tributación Municipal aprobada por Decreto Legislativo Nº 776.

(Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

VIGÉSIMO QUINTA.- Manifestaciones obtenidas en los procedimientos de fiscalización

Las modificaciones introducidas en el numeral 4) del Artículo 62 y en el Artículo 125 del Código Tributario son de aplicación inmediata incluso a los procesos en trámite.

(Tercera Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

VIGÉSIMO SEXTA.- Solicitudes de devolución pendientes de resolución

Lo dispuesto en el Artículo 138 del Código Tributario, modificado por la presente Ley, será de aplicación incluso a las solicitudes de devolución que se encuentren pendientes de resolución a la fecha de vigencia del presente dispositivo.

(Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

VIGÉSIMO SÉTIMA.- Cancelación o afianzamiento de la deuda tributaria para admitir medios probatorios extemporáneos

Precísase que para efectos de la admisión de pruebas presentadas en forma extemporánea, a que se refiere el Artículo 141 del Código Tributario, se requiere únicamente la cancelación o afianzamiento del monto de la deuda actualizada vinculada a dichas pruebas.

(Quinta Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

VIGÉSIMO OCTAVA.- Ejecución de cartas fianzas u otras garantías

Precísase que en los supuestos en los cuales se hubieran otorgado cartas fianzas u otras garantías a favor de la Administración, el hecho de no mantener, otorgar, renovar o sustituir las mismas dará lugar a su ejecución inmediata en cualquier estado del procedimiento administrativo.

(Sexta Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

VIGÉSIMO NOVENA.- Reducción de sanciones tributarias

Los deudores tributarios que a la fecha de publicación de la presente Ley tengan sanciones pendientes de aplicación o de pago, incluso por aquellas cuya resolución no haya sido emitida, podrán gozar del beneficio a que se les apliquen las nuevas Tablas de Infracciones y Sanciones Tributarias que forman parte del presente dispositivo, siempre que hasta el 31 de octubre del 2000 cumplan, en forma conjunta, con los siguientes requisitos:

a) Subsanar la infracción cometida, de ser el caso;

b) Efectuar el pago al contado de la multa según las nuevas Tablas referidas, incluidos los intereses correspondientes; y

c) Presentar el desistimiento de la impugnación por el monto total de éstas, de ser el caso.

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados dentro del plazo previsto en el párrafo precedente conllevará la aplicación de la sanción vigente en el momento de la comisión de la infracción.

(Sétima Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

TRIGÉSIMA.- Comercio clandestino de productos

Sustitúyase el Artículo 272 del Código Penal aprobado por Decreto Legislativo Nº 635 y sus normas modificatorias y ampliatorias, por el texto siguiente:

"Artículo 272.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 1 (un) año ni mayor de 3 (tres) años y con 170 (ciento setenta) a 340 (trescientos cuarenta) días-multa, el que:

1. Se dedique a una actividad comercial sujeta a autorización sin haber cumplido los requisitos que exijan las leyes o reglamentos.

2. Emplee, expenda o haga circular mercaderías y productos sin el timbre o precinto correspondiente, cuando deban llevarlo o sin acreditar el pago del tributo.

3. Utilice mercaderías exoneradas de tributos en fines distintos de los previstos en la ley exonerativa respectiva.

En el supuesto previsto en el inciso 3), constituirá circunstancia agravante sancionada con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa, cuando la conducta descrita se realice:

a) Por el Consumidor Directo de acuerdo con lo dispuesto en las normas tributarias;

b) Utilizando documento falso o falsificado; o

c) Por una organización delictiva."

(Octava Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

TRIGÉSIMO PRIMERA.- Comercio clandestino de petróleo, gas natural y sus derivados

En los delitos de Comercio Clandestino de Productos, previstos en el numeral 3) del Artículo 272 del Código Penal, realizados en infracción a los beneficios tributarios establecidos para el petróleo, gas natural y su derivados, contenidos en los Artículos 13 y 14 de la Ley Nº 27037, Ley de Promoción de la Inversión de la Amazonía, el Juez Penal, al dictar el Auto de Apertura de Instrucción, dispondrá directamente la adjudicación de dichos bienes.

Los criterios para determinar los beneficiarios, procedimientos y demás aspectos necesarios para determinar la adjudicación serán especificados por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas; dicha norma también contemplará disposiciones para regular la devolución a que hubiera lugar, sobre las base del valor de tasación que se ordene en el proceso penal.

(Novena Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- Improcedencia del ejercicio de la acción penal

Excepcionalmente, se entenderán acogidas a la décimo tercera disposición final de la Ley Nº 27038 las personas que cumplan con lo siguiente:

a) Haber presentado las declaraciones originales o rectificatorias con anterioridad al 1 de enero de 1999. Dichas declaraciones deberán estar vinculadas a hechos que presumiblemente constituyan delito de defraudación tributaria; y

b) Haber efectuado el pago del monto a regularizar, o haber solicitado y obtenido aplazamiento y/o fraccionamiento antes del 1 de julio de 1999, por el monto correspondiente a la deuda originada en los hechos mencionados en el inciso anterior.

Asimismo, se considerará cumplido este requisito si el contribuyente ha pagado un monto equivalente al 70% (setenta por ciento) de la deuda originada en hechos que se presuman constitutivos de delito de defraudación tributaria, habiéndose desistido de los medios impugnatorios por este monto y presentado impugnación por la diferencia, de ser el caso.

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se dictarán las normas reglamentarias para la correcta aplicación de la presente disposición.

(Décima Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

TRIGÉSIMO TERCERA.- Devolución de pagos indebidos o en exceso

Las modificaciones efectuadas por la presente Ley al Artículo 38 del Código Tributario entrarán en vigencia a partir del 1 de agosto del 2000. Excepcionalmente, las devoluciones efectuadas a partir de esa fecha y hasta el 31 de diciembre del 2000 se efectuarán considerando la tasa pasiva de mercado promedio para operaciones en moneda nacional (TIPMN) y la tasa pasiva de mercado promedio para operaciones en moneda extranjera (TIPMEX) publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros el último día hábil del mes de julio, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el citado Artículo 38.

(Undécima Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

TRIGÉSIMO CUARTA.- Disposición Derogatoria

Deróganse o déjanse sin efecto, según corresponda, las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

(Duodécima Disposición Final y Transitoria de la Ley Nº 27335, publicada el 31 de julio de 2000.)

TRIGÉSIMO QUINTA.- Fiscalización de la Administración Tributaria

La fiscalización de la Administración Tributaria se regula por lo dispuesto en el Artículo 43, referido a la prescripción, y en el Artículo 62, referido a las facultades de la Administración Tributaria, del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo Nº 135- 99-EF, y las normas complementarias. Dicha fiscalización responderá a las funciones y responsabilidades de la Administración Tributaria.

(Única Disposición Final de la Ley Nº 27788, publicada el 25 de julio de 2002.)

TRIGÉSIMO SEXTA.- Valor de Mercado

Precísase que el ajuste de operaciones a su valor de mercado no constituye un procedimiento de determinación de la obligación tributaria sobre base presunta.

(Primera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.)

TRIGÉSIMO SÉTIMA.- Modificación del Nuevo Régimen Único Simplificado

Sustitúyase el numeral 18.3 del artículo 18 del Texto del Nuevo Régimen Único Simplificado, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 937, por el siguiente texto:

“18.3 La determinación sobre base presunta que se efectúe al amparo de lo dispuesto por el Código Tributario, tendrá los siguientes efectos:

18.3.1 La suma total de las ventas o ingresos omitidos o presuntos determinados en la totalidad o en algún o algunos meses comprendidos en el requerimiento, incrementará los ingresos brutos mensuales declarados o comprobados en cada uno de los meses comprendidos en el requerimiento en forma proporcional a los ingresos brutos declarados o comprobados.

En caso que el deudor tributario no tenga ingresos brutos declarados, la atribución será en forma proporcional a los meses comprendidos en el requerimiento.

18.3.2 El resultado del cálculo a que se refiere el numeral anterior, determina los nuevos importes de ingresos brutos mensuales. Los nuevos importes de ingresos brutos mensuales deberán ser sumados por cada cuatrimestre calendario, dando como resultado los nuevos importes de ingresos brutos por cada cuatrimestre calendario.

18.3.3 Si como consecuencia de la sumatoria indicada en el segundo párrafo del numeral anterior:

a) El nuevo importe de ingresos brutos en un cuatrimestre calendario es superior al límite máximo de ingresos brutos cuatrimestrales permitido para la categoría en la que se encuentre ubicado el sujeto, éste deberá incluirse en la categoría que le corresponda a partir del primer periodo tributario del cuatrimestre calendario en el cual superó el referido límite máximo de ingresos brutos.

b) El nuevo importe de ingresos brutos en un cuatrimestre calendario es superior al límite máximo de ingresos brutos cuatrimestrales permitido para el presente Régimen, el sujeto quedará incluido en el Régimen General a partir del primer periodo tributario del cuatrimestre calendario en el cual superó el referido límite máximo de ingresos brutos.

En este caso:

i) Para efectos del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, los nuevos importes de los ingresos brutos mensuales a que se refiere el numeral 18.3.2 constituirán

la nueva base imponible de cada uno de los meses a que correspondan. La omisión de ventas o ingresos no dará derecho a cómputo de crédito fiscal alguno.

ii) Para efectos del Impuesto a la Renta, resulta de aplicación lo señalado en el inciso b) del artículo 65-A del Código Tributario.

Lo dispuesto en el presente numeral no será de aplicación tratándose de la presunción a que se refiere el artículo 72-Bº del Código Tributario, la misma que se rige por sus propias disposiciones."

(Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.)

TRIGÉSIMO OCTAVA.- Carácter interpretativo

Tiene carácter interpretativo, desde la vigencia del Decreto Legislativo Nº 816, la referencia a las oficinas fiscales y a los funcionarios autorizados que se realiza en el numeral 3 del artículo 64 del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo Nº 135-99-EF y normas modificatorias sustituido por el presente Decreto Legislativo.

(Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 941, publicado el 20 de diciembre de 2003.)

TRIGÉSIMO NOVENA.- No tendrán derecho a devoluciones

En caso se declare como trabajadores a quienes no tienen esa calidad, no procederá la devolución de las aportaciones al ESSALUD ni a la ONP que hayan sido pagadas respecto de dichos sujetos.

(Primera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMA.- Cuotas fijas o aportaciones a la seguridad social no pueden ser deuda de recuperación onerosa

Lo dispuesto en el numeral 5) del Artículo 27 del Código Tributario sobre la deuda de recuperación onerosa no se aplica a la deuda proveniente de tributos por regímenes que establezcan cuotas fijas o aportaciones a la Seguridad Social, a pesar que no justifiquen la emisión y/o notificación de la resolución u orden de pago respectiva, si sus montos fueron fijados así por las normas correspondientes.

(Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO PRIMERA.- Concepto de documento para el Código Tributario

Entiéndase que cuando en el presente Código se hace referencia al término “documento” se alude a todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho y en consecuencia al que se le aplica en lo pertinente lo señalado en el Código Procesal Civil.

(Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA.- Error en la determinación de los pagos a cuenta del impuesto a la renta bajo el sistema de coeficiente

Precísase que en virtud del numeral 3 del artículo 78 del Código Tributario, se considera error si para efecto de los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta se usa un coeficiente o porcentaje que no ha sido determinado en virtud a la información declarada por el deudor tributario en períodos anteriores.

(Cuarta Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO TERCERA.- Notificaciones no sujetas a plazo

El plazo a que se refiere el Artículo 24 de la Ley del Procedimiento Administrativo General no es de aplicación para el caso del inciso c) y el numeral 1) del inciso e) del Artículo 104 del Código Tributario.

(Quinta Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO CUARTA.- Requisitos para acceder al cargo de Auxiliar Coactivo

El requisito señalado en el inciso b) del quinto párrafo del artículo 114 será considerado para las contrataciones que se realicen con posterioridad a la publicación del presente Decreto Legislativo.

(Sexta Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO QUINTA.- Comunicación a Entidades del Estado

La Administración Tributaria notificará a las Entidades del Estado que correspondan para que realicen la suspensión de las licencias, permisos, concesiones o autorizaciones a los contribuyentes que sean pasibles de la aplicación de las referidas sanciones.

(Sétima Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO SEXTA.- Presentación de declaraciones

Precísase que en tanto la Administración Tributaria puede establecer en virtud de lo señalado por el Artículo 88, la forma y condiciones para la presentación de la declaración tributaria, aquella declaración que no cumpla con dichas disposiciones se tendrá por no presentada.

(Octava Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO SÉTIMA.- Texto Único Ordenado

Facúltese al Ministerio de Economía y Finanzas a dictar, dentro de los ciento ochenta (180) días hábiles siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto Legislativo, el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

(Décima Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO OCTAVA.- Incremento patrimonial no justificado

Los Funcionarios o servidores públicos de las Entidades a las que hace referencia el Artículo 1 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, inclusive aquellas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado., que como producto de una fiscalización o verificación tributaria, se le hubiera determinado un incremento patrimonial no justificado, serán sancionados con despido, extinguiéndose el vinculo laboral con la entidad, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales que correspondan.

Los funcionarios o servidores públicos sancionados por las causas señaladas en el párrafo anterior, no podrán ingresar a laborar en ninguna de las entidades, ni ejercer cargos derivados de elección pública, por el lapso de cinco años de impuesta la sanción.

La sanción de despido se impondrá por la Entidad empleadora una vez que la determinación de la obligación tributaria quede firme o consentida en la vía administrativa.

El Superintendente Nacional de Administración Tributaria de la SUNAT, comunicará a la Entidad la determinación practicada, para las acciones correspondientes, según los procedimientos que se establezcan mediante Resolución de Superintendencia.

(Undécima Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

CUADRAGÉSIMO NOVENA.- Creación de la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero

Créase la Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero, adscrito al Sector de Economía y Finanzas. El Defensor del Contribuyente y Usuario Aduanero debe garantizar los derechos de los administrados en las actuaciones que realicen o que gestionen ante las Administraciones Tributarias y el Tribunal Fiscal conforme a las funciones que se establezcan mediante Decreto Supremo.

El Defensor deberá ser un profesional en materia tributaria de reconocida solvencia moral, con no menos de diez (10) años de ejercicio profesional.

(Duodécima Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

QUINCUAGÉSIMA.- Vigencia

El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia el 1 de abril del 2007, con excepción de la Segunda Disposición Complementaria Final, la cual entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

(Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO PRIMERA.- Cálculo de interés moratorio- Decreto Legislativo Nº 969

A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, para efectos de la aplicación del artículo 33 del Código Tributario respecto de las deudas generadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 969, el concepto tributo impago incluye a los intereses capitalizados al 31 de diciembre de 2005, de ser el caso.

Lo dispuesto en el párrafo anterior debe ser considerado también para efectos del cálculo de la deuda tributaria por multas, para la devolución de pagos indebidos o en exceso y para la imputación de pagos.

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Tributario, la base para el cálculo de los intereses, estará constituida por los intereses devengados al vencimiento o determinación de la obligación principal y por los intereses acumulados al 31 de diciembre de 2005.

(Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDA.- Incorporación de deudas tributarias al aplazamiento y/o fraccionamiento previsto en el artículo 36 del Código Tributario

Los deudores tributarios que hubieran acumulado dos (2) o más cuotas de los beneficios aprobados mediante la Ley Nº 27344, Ley que establece un Régimen Especial de Fraccionamiento Tributario o el Decreto Legislativo Nº 914 que establece el Sistema Especial de Actualización y Pago de deudas tributarias exigibles al 30.08.2000 o tres (3) o más cuotas del beneficio aprobado por la Ley Nº 27681, Ley de Reactivación a través del Sinceramiento de las deudas tributarias (RESIT) vencidas y pendientes de pago, podrán acoger al aplazamiento y/o fraccionamiento particular señalado por el artículo 36 del Código Tributario, las cuotas vencidas y pendientes de pago, la totalidad de las cuotas por las que se hubieran dado por vencidos los plazos y la deuda que no se encuentre acogida a los beneficios mencionados.

(Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO TERCERA.- Extinción de Costas y Gastos

a) Extínganse, a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, las costas y gastos generados en los procedimientos de cobranza coactiva en los que la deuda tributaria relacionada a éstos se hubiera extinguido en virtud a lo señalado en los numerales 1. y 3. del artículo 27 del Código Tributario y normas modificatorias o cuando la Administración Tributaria

hubiera extinguido la deuda tributaria al amparo de lo dispuesto en el numeral 5. del citado artículo.

La Administración Tributaria procederá a concluir los expedientes del procedimiento de cobranza coactiva a que se refiere el párrafo anterior sin que sea necesario notificar acto alguno.

b) A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, quedarán extinguidas las costas y gastos cuando se extinga la deuda tributaria relacionada a ellas, conforme a las causales de los numerales 3. y 5. del artículo 27 del Código Tributario. Para tal efecto no se requerirá la emisión de un acto administrativo.

(Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO CUARTA.- Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953

Las costas y gastos generados en los procedimientos de cobranza coactiva respecto de los cuales, a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 953, hubiera ocurrido alguno de los supuestos previstos en la Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953 quedaron extinguidos en la mencionada fecha.

(Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO QUINTA.- Deudas de recuperación onerosa

Lo establecido por la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo Nº 953, no resulta de aplicación a las deudas por concepto de Aportaciones a la Seguridad Social exigibles al 31 de julio de 1999, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto Supremo Nº 039-2001-EF y norma modificatoria, deban ser consideradas de recuperación onerosa.

(Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO SEXTA.- Pago con error

Cuando al realizarse el pago de la deuda tributaria se incurra en error al indicar el tributo o multa por el cual éste se efectúa, la SUNAT, a iniciativa de parte o de oficio, verificará dicho hecho. De comprobarse la existencia del error se tendrá por cancelada la deuda tributaria o realizado el pago parcial respectivo en la fecha en que el deudor tributario ingresó el monto correspondiente.

La SUNAT esta autorizada a realizar las transferencias de fondos de los montos referidos en el párrafo anterior entre las cuentas de recaudación cuando se encuentren involucrados distintos entes cuyos tributos administra. A través de Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se reglamentará lo dispuesto en este párrafo.

(Sétima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO SÉTIMA.- Celebración de convenios para el pago de peritajes

Facúltese a la Administración Tributaria y al Tribunal Fiscal para celebrar convenios para el pago de servicios con las entidades técnicas a las cuales soliciten peritajes.

(Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO OCTAVA.- Redondeo de las Costas

El importe de las costas a que se refiere el artículo 117 del Código Tributario se expresará en números enteros.

(Novena Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

QUINCUAGÉSIMO NOVENA.- Domicilio de los sujetos dados de baja del RUC

Subsistirá el domicilio fiscal de los sujetos dados de baja de inscripción en el RUC en tanto la SUNAT deba, en cumplimiento de sus funciones, notificarle cualquier acto administrativo que hubiera emitido. La notificación se efectuará conforme a lo señalado en el artículo 104 del Código Tributario.

(Décima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

SEXAGÉSIMA.- Expedientes del Procedimiento de Cobranza Coactiva

Facúltase a la SUNAT para regular mediante Resolución de Superintendencia los criterios, forma y demás aspectos en que serán llevados y archivados los expedientes del procedimiento de cobranza coactiva de dicha entidad.

(Décimo Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

SEXAGÉSIMO PRIMERA.- Compensación del crédito por retenciones y/o percepciones del Impuesto General a las Ventas no aplicadas

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 40 del Código Tributario, tratándose de la compensación del crédito por retenciones y/o percepciones del Impuesto General a las Ventas (IGV) no aplicadas se considerará lo siguiente:

1. De la generación del crédito por retenciones y/o percepciones del IGV

Para efecto de determinar el momento en el cual coexisten la deuda tributaria y el crédito obtenido por concepto de las retenciones y/o percepciones del IGV no aplicadas, se entenderá que éste ha sido generado:

a) Tratándose de la compensación de oficio

a.1 En el supuesto contemplado por el literal a) del numeral 2. del artículo 40 del Código Tributario, en la fecha de presentación o de vencimiento de la declaración mensual del último período tributario vencido a la fecha en que se emite el acto administrativo que declara la compensación, lo que ocurra primero.

En tal caso, se tomará en cuenta el saldo acumulado no aplicado de las retenciones y/o percepciones, cuya existencia y monto determine la SUNAT de acuerdo a la verificación y/o fiscalización que realice.

a.2 En el caso del literal b) del numeral 2. del artículo 40 del Código Tributario, en la fecha de presentación o de vencimiento de la declaración mensual del último período tributario vencido a la fecha en que se emite el acto administrativo que declara la compensación, lo que ocurra primero, y en cuya declaración conste el saldo acumulado no aplicado de las retenciones y/o percepciones.

Cuando el deudor tributario no hubiera presentado dicha declaración, en la fecha de presentación o de vencimiento de la última declaración mensual presentada a la fecha en que se emite el acto administrativo que declara la compensación, lo que ocurra primero, siempre que en la referida declaración conste el saldo acumulado no aplicado de retenciones y/o percepciones.

b) Tratándose de la compensación a solicitud de parte, en la fecha de presentación o de vencimiento de la declaración mensual del último período tributario vencido a la fecha de presentación de la solicitud de compensación, lo que ocurra primero, y en cuya declaración conste el saldo acumulado no aplicado de retenciones y/o percepciones.

2. Del cómputo del interés aplicable al crédito por retenciones y/o percepciones del IGV no aplicadas

Cuando los créditos obtenidos por las retenciones y/o percepciones del IGV no aplicadas sean anteriores a la deuda tributaria materia de la compensación, los intereses a los que se refiere el artículo 38 del Código Tributario se computarán entre la fecha en que se genera el crédito hasta el momento de su coexistencia con el último saldo pendiente de pago de la deuda tributaria.

3. Del saldo acumulado no aplicado de retenciones y/o percepciones

Respecto del saldo acumulado no aplicado de retenciones y/o percepciones:

3.1 Para que proceda la compensación de oficio, se tomará en cuenta lo siguiente:

a) En el caso del literal a) del numeral 2. del artículo 40 del Código Tributario, sólo se compensará el saldo acumulado no aplicado de retenciones y/o percepciones que hubiera sido determinado producto de la verificación y/o fiscalización realizada por la SUNAT.

b) En el caso del literal b) del numeral 2. del artículo 40 del Código Tributario, los agentes de retención y/o percepción deberán haber declarado las retenciones y/ o percepciones que forman parte del saldo acumulado no aplicado, salvo cuando estén exceptuados de dicha obligación, de acuerdo a las normas pertinentes.

3.2 Para que proceda la compensación a solicitud de parte, se tomará en cuenta el saldo acumulado no aplicado de retenciones y/o percepciones que hubiera sido determinado producto de la verificación y/o fiscalización realizada por la SUNAT.

Cuando se realice una verificación en base al cruce de información de las declaraciones mensuales del deudor tributario con las declaraciones mensuales de los agentes de retención y/o percepción y con la información con la que cuenta la SUNAT sobre las percepciones que hubiera efectuado, la compensación procederá siempre que en dichas declaraciones así como en la información de la SUNAT, consten las retenciones y/o percepciones, según corresponda, que forman parte del saldo acumulado no aplicado.

4. Toda verificación que efectúe la SUNAT se hará sin perjuicio del derecho de practicar una fiscalización posterior, dentro de los plazos de prescripción previstos en el Código Tributario.

5. Lo señalado en la presente disposición no será aplicable a los créditos generados por retenciones y/o percepciones del IGV no aplicadas respecto de los que se solicite la devolución.

6. Lo establecido en el artículo 5 de la Ley Nº 28053 no será aplicable a lo dispuesto en la presente disposición.

(Décimo Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

SEXAGÉSIMO SEGUNDA.- Procedimiento de Fiscalización

Las normas reglamentarias y complementarias que regulen el procedimiento de fiscalización, se aprobarán mediante Decreto Supremo en un plazo de sesenta (60) días hábiles.

(Décimo Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

SEXAGÉSIMO TERCERA.- Requisitos de la Resolución de Determinación

Las modificaciones e incorporaciones al artículo 77 del Código Tributario, se aplicarán a las Resoluciones de Determinación que se emitan como consecuencia de los procedimientos de fiscalización que se inicien a partir de la entrada en vigencia de la modificación e incorporación del artículo 77 efectuada por la presente norma.

(Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

SEXAGÉSIMO CUARTA.- Aplicación del artículo 62-A del Código Tributario para las fiscalizaciones de la regalía minera

Para la realización por parte de la SUNAT de las funciones asociadas al pago de la regalía minera, también será de aplicación lo dispuesto en el artículo 62-A del Código Tributario.

(Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

SEXAGÉSIMO QUINTA.- Tablas de Infracciones y Sanciones Tributarias

Las modificaciones introducidas en las Tablas de Infracciones y Sanciones Tributarias I, II y III del Código Tributario, así como las incorporaciones y modificaciones a las notas correspondientes a dichas Tablas efectuadas por la presente ley, serán aplicables a las infracciones que se cometan o, cuando no sea posible determinar la fecha de comisión, se detecten a partir de la entrada en vigencia de la presente norma.

(Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

SEXAGÉSIMO SEXTA.- Normas Reglamentarias

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se establecerán los parámetros para determinar la existencia de un criterio recurrente que pueda dar lugar a la publicación de una jurisprudencia de observancia obligatoria, conforme a lo previsto por el artículo 154 del Código Tributario.

(Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

SEXAGÉSIMO SÉTIMA.- Vigencia

La presente norma entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación, con excepción de las modificaciones e incorporaciones de los artículos 44, 45, 46, 61, 62-A, 76, 77, 88, 108, 189 y 192 del Código Tributario, así como la Primera y Segunda Disposición Complementaria Final, dispuestas por la presente norma, las cuales entrarán en vigencia a los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha de su publicación.

(Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

SEXAGÉSIMO OCTAVA.- Ratificación

Entiéndese que los vocales del Tribunal Fiscal se mantienen en el ejercicio de sus cargos mientras no concluya el procedimiento de ratificación que se efectúa en el marco del artículo 99 del Código Tributario.

(Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012.)

SEXAGÉSIMO NOVENA.- Vigencia

El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia al día siguiente de su publicación con excepción de las modificaciones referidas a los artículos 166 y 179 del Código Tributario que entrarán en vigencia a los treinta (30) días calendario y la modificación referida al artículo 11 del referido Código que entrará en vigencia a los noventa (90) días computados a partir del día siguiente de la fecha de publicación del presente Decreto Legislativo.

(Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012.)

SEPTUAGÉSIMA.- Vigencia

La presente norma entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación.

(Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.)

SEPTUAGÉSIMO PRIMERA.- Texto Único Ordenado del Código Tributario

Facúltese al Ministerio de Economía y Finanzas a dictar, dentro de los ciento ochenta (180) días hábiles siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto Legislativo, el Texto Único Ordenado del Código Tributario.

(Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.)

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDA.- Vigencia

La presente norma entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación.

(Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1123, publicado el 23 de julio de 2012.)

SEPTUAGÉSIMO TERCERA.- Tablas de Infracciones y Sanciones

A partir de la vigencia de la presente norma, la infracción prevista en el numeral 3 del artículo 174 del Código Tributario a que se refieren las Tablas de Infracciones y Sanciones del citado Código, es la tipificada en el texto de dicho numeral modificado por la presente norma.

(Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1123, publicado el 23 de julio de 2012.)

"SEPTUAGÉSIMO CUARTA. Referencia a convenios internacionales

La mención a convenios internacionales que se realiza en el Código Tributario debe entenderse referida a los tratados internacionales o a las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina."(*)

(*) Disposición incorporada por el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1315, publicado el 31 diciembre 2016.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Lo dispuesto en el numeral 16) del Artículo 62 y en la tercera Disposición Final del presente Decreto será de aplicación desde la entrada en vigencia de la Resolución de Superintendencia que regule el procedimiento para la autorización a que se refiere el segundo párrafo del citado numeral.

La citada Resolución de Superintendencia establecerá la forma, condiciones y plazos en que progresivamente los contribuyentes deberán aplicar el procedimiento que se regule.

SEGUNDA.- En tanto no se apruebe las normas reglamentarias referidas al Procedimiento de Cobranza Coactiva, se aplicará supletoriamente el procedimiento de tasación y remate previsto en el Código Procesal Civil, en lo que no se oponga a lo dispuesto en el Código Tributario.

TERCERA.- Disposición Transitoria derogada por el Artículo 100 del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.

CUARTA.- En tanto no se aprueben los formatos de Hoja de Información Sumaria correspondientes, a que hacen referencia los Artículos 137 y 146, los recurrentes continuarán utilizando los vigentes a la fecha de publicación del presente Código.

QUINTA.- Se mantienen vigentes en cuanto no sean sustituidas o modificadas, las normas reglamentarias o administrativas relacionadas con las normas derogadas en cuanto no se opongan al nuevo texto del Código Tributario.

SEXTA.- Texto Único Ordenado

Por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, en un plazo que no exceda de 60 (sesenta) días, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se expedirá un nuevo Texto Único Ordenado del Código Tributario.

(Única Disposición Transitoria de la Ley Nº 27788, publicada el 25 de julio de 2002.)

SÉTIMA.- Pagos en moneda extranjera

Tratándose de deudas en moneda extranjera que en virtud a convenios de estabilidad o normas legales vigentes se declaren y/o paguen en esa moneda, se deberá tomar en cuenta lo siguiente:

a) Interés Moratorio:

La TIM no podrá exceder a un dozavo del diez por ciento (10%) por encima de la tasa activa anual para las operaciones en moneda extranjera (TAMEX) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros el último día hábil del mes anterior.

La SUNAT fijará la TIM respecto a los tributos que administra o cuya recaudación estuviera a su cargo. En los casos de los tributos administrados por otros Órganos, la TIM será fijada por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

Los intereses moratorios se calcularán según lo previsto en el Artículo 33 del Código Tributario.

(278) b) Devolución:

Las devoluciones de pagos indebidos o en exceso se efectuarán en la misma moneda agregándoles un interés fijado por la Administración Tributaria, el cual no podrá ser inferior a la tasa pasiva de mercado promedio para operaciones en moneda extranjera (TIPMEX) publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones el último día hábil del año anterior, multiplicado por un factor de 1,20, teniendo en cuenta lo dispuesto en los párrafos anteriores. Los intereses se calcularán aplicando el procedimiento establecido en el Artículo 33 del Código Tributario.

(278) Inciso sustituido por el Artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 969, publicado el 24 de diciembre de 2006.

(Primera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

OCTAVA.- Órganos resolutores en caso de aportaciones de períodos anteriores a julio de 1999

El ESSALUD y la ONP son órganos resolutores respecto de los procedimientos contenciosos y no contenciosos correspondientes a las aportaciones a la Seguridad Social anteriores a julio de 1999, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Supremo Nº 039-2001-EF

(Segunda Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

NOVENA.- Extinción de Costas y gastos

No se exigirá el pago de las costas y gastos generados en los Procedimientos de Cobranza Coactiva siempre que a la fecha de entrada en vigencia de la presente norma, ocurra alguno de los siguientes supuestos:

1. La deuda tributaria hubiera sido considerada como crédito reconocido dentro de los procedimientos contemplados en las normas concursales.

2. La deuda tributaria hubiera sido acogida en su integridad a un aplazamiento y/o fraccionamiento de carácter general.

3. La deuda tributaria hubiera sido declarada como de cobranza dudosa o de recuperación onerosa.

(Tercera Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMA.- Bienes abandonados con anterioridad a la publicación del presente Decreto Legislativo.

Excepcionalmente, los bienes adjudicados en remate y aquellos cuyos embargos hubieran sido levantados por el Ejecutor Coactivo, que a la fecha de publicación de la presente norma no hubieran sido retirados por su propietario de los almacenes de la SUNAT, caerán en abandono luego de transcurridos treinta (30) días hábiles computados a partir del día siguiente de la incorporación de la descripción de los citados bienes en la página web de la SUNAT o publicación

en el Diario Oficial El Peruano, a efectos que sus propietarios procedan a retirarlos del lugar en que se encuentren.

El abandono se configurará por el solo mandato de la ley, sin el requisito previo de expedición de resolución administrativa correspondiente, ni de notificación o aviso por la Administración Tributaria.

De haber transcurrido el plazo señalado para el retiro de los bienes, sin que éste se produzca, éstos se consideraran abandonados, debiendo ser rematados. Si habiéndose procedido al acto de remate, no se realizara la venta, los bienes serán destinados a entidades públicas o donados por la Administración Tributaria a Instituciones oficialmente reconocidas sin fines de lucro dedicadas a actividades asistenciales, educacionales o religiosas, quienes deberán destinarlos a sus fines propios no pudiendo transferirlos hasta dentro de un plazo de dos (2) años. En este caso los ingresos de la transferencia, también deberán ser destinados a los fines propios de la entidad o institución beneficiada.

Tratándose de deudores tributarios sujetos a un Procedimiento Concursal, se procederá conforme a lo señalado en el último párrafo del Artículo 121-A.

(Cuarta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO PRIMERA.- Plazo para resolver las resoluciones de cumplimiento ordenadas por el Tribunal Fiscal.

El plazo para resolver las resoluciones de cumplimiento a que se refiere el Artículo 156 se entenderá referido a las Resoluciones del Tribunal Fiscal que sean notificadas a la Administración Tributaria a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

(Quinta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO SEGUNDA.- Extinción de sanciones

Quedan extinguidas las sanciones de cierre por las infracciones tipificadas en el numeral 1 del artículo 176 y numerales 1, 2, 4, 6 y 7 del artículo 177 del Texto Único Ordenado del Código Tributario que hayan sido cometidas hasta el día anterior a la fecha de publicación de la presente norma, se encuentren o no detectadas por la Administración Tributaria o tengan las sanciones pendientes de aplicación.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación inclusive a las multas que hubieran sustituido las sanciones de cierre vinculadas a las infracciones antes citadas.

Las costas y gastos originadas por la cobranza coactiva de las multas a las que hace referencia el presente artículo quedarán extinguidas.

No procederá la devolución ni la compensación de los pagos efectuados como consecuencia de la aplicación de las multas que sustituyeron al cierre, por las infracciones referidas en el primer párrafo de la presente disposición realizados con anterioridad a la vigencia de la presente norma.

(Sexta Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO TERCERA.- Acciones a cargo de la SUNAT.

Respecto de las infracciones tributarias que se incluyen dentro de los alcances de la disposición precedente, la SUNAT cuando corresponda:

1. Dejará sin efecto las resoluciones cualquiera sea el estado en que se encuentren.

2. Declarará la procedencia de oficio de las reclamaciones que se encontraran en trámite.

3. Dejará sin efecto, de oficio, cualquier acción de cobranza o procedimiento de cierre que se encuentre pendiente de aplicación.

Lo señalado en el presente numeral también será de aplicación tratándose de resoluciones respecto de las cuales ya exista pronunciamiento de la Administración Tributaria, del Tribunal Fiscal o del Poder Judicial.

(Séptima Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO CUARTA.- Acciones a cargo del Tribunal Fiscal y del Poder Judicial.

1. El Tribunal Fiscal declarará la procedencia de oficio de los recursos de apelación que se encontraran en trámite respecto de las infracciones tributarias a que se refiere la sexta disposición transitoria de la presente norma.

2. Tratándose de demandas contencioso-administrativas en trámite, el Poder Judicial, de oficio o a través de solicitud de parte, devolverá los actuados a la Administración Tributaria a fin de que proceda de acuerdo con lo previsto en el numeral 3) de la disposición precedente.

(Octava Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO QUINTA.- Artículo 2 de Ley Nº 28092

Entiéndase que dentro del concepto de multas pendientes de pago, a que se refiere el artículo 2 de la Ley Nº 28092, se encuentran comprendidas las multas impugnadas.

(Novena Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO SEXTA.- Normas reglamentarias

Las normas reglamentarias aprobadas para la implementación de los procedimientos tributarios, sanciones y demás disposiciones del Código Tributario se mantendrán vigentes en tanto no se opongan a lo dispuesto en la presente norma y se dicten las nuevas disposiciones que las reemplacen.

(Décima Disposición Transitoria del Decreto Legislativo Nº 953, publicado el 5 de febrero de 2004.)

DÉCIMO SÉTIMA.- Alcance del numeral 2 del artículo 18 del Texto Único Ordenado del Código Tributario que sustituye la presente Ley

Precísase que el numeral 2 del artículo 18 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, vigente antes de la sustitución realizada por el artículo 1 de la presente Ley, sólo resultaba aplicable cuando los agentes de retención o percepción hubieran omitido la retención o percepción durante el lapso en que estuvo vigente la modificación de dicho numeral efectuada por el Decreto Legislativo Nº 953.

(Única Disposición Transitoria de la Ley Nº 28647, publicada el 11 de diciembre de 2005. Declarada inconstitucional por el Resolutivo 01 del Expediente Nº 0002-2006-PI-TC, publicado el 12 de agosto de 2007.)

DÉCIMO OCTAVA.- Procedimientos en trámite y cómputo de plazos

Las disposiciones del presente Decreto Legislativo referidas a la compensación, facultades de fiscalización, notificaciones, nulidad de actos, procedimiento de cobranza coactiva, reclamaciones, solicitudes no contenciosas y comiso se aplicarán inmediatamente a los procedimientos que a la fecha de vigencia del presente Decreto Legislativo se encuentren en trámite, sin perjuicio de lo establecido en la siguiente disposición

(Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

DÉCIMO NOVENA.- Cómputo de plazos

1. El plazo para formular los alegatos, a que se refiere el artículo 127 del Código Tributario se computará a partir del día hábil siguiente de entrada en vigencia la presente norma.

2. En el caso de los actos que tengan relación directa con la deuda tributaria notificados con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, les será aplicable el plazo de veinte (20) días hábiles a que se refiere el numeral 2. del artículo 137 del Código Tributario. Dicho plazo se computará a partir del día hábil siguiente a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

(Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

VIGÉSIMA.- Suspensión de intereses

Para las deudas tributarias que se encuentran en procedimientos de reclamación en trámite a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, la regla sobre no exigibilidad de intereses moratorios introducida al artículo 33 del Código Tributario, será aplicable si en el plazo de nueve (9) meses contados desde la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, la Administración Tributaria no resuelve las reclamaciones interpuestas.

(Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

VIGÉSIMO PRIMERA.- Plazo de Fiscalización

Para los procedimientos de fiscalización en trámite a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, el plazo de fiscalización establecido en el artículo 62-A del Código Tributario se computará a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

(Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Disposición Derogatoria

Derógase el quinto y sexto párrafo del artículo 157, el artículo 179-A y el artículo 185 del Código Tributario y la Sétima Disposición Final de la Ley Nº 27038.

(Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo Nº 981, publicado el 15 de marzo de 2007.)

VIGÉSIMO TERCERA.- Atención de quejas

Las Salas Especializadas del Tribunal Fiscal tienen competencia respecto de las quejas previstas en el literal a) del artículo 155 de Código Tributario de las que tomen conocimiento, hasta la entrada en funcionamiento de la Oficina de Atención de Quejas del Tribunal Fiscal.

(Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

VIGÉSIMO CUARTA.- Procedimiento de nombramiento y ratificación de miembros del Tribunal Fiscal

El Decreto Supremo a que se hace referencia en el último párrafo del artículo 99 del Código Tributario, deberá ser emitido dentro de los treinta (30) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente norma.

(Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

VIGÉSIMO QUINTA.- Procesos de nombramiento y ratificación de miembros del Tribunal Fiscal pendientes

Los procesos de nombramiento y ratificación de miembros del Tribunal Fiscal pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la presente norma, se regirán por el procedimiento a que se refiere el último párrafo del artículo 99 del Código Tributario.

El plazo previsto en el tercer párrafo del artículo 99 del Código Tributario, será de aplicación para aquéllos vocales nombrados y que con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente norma no hayan cumplido el período para su ratificación.

(Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 1113, publicado el 5 de julio de 2012.)

VIGÉSIMO SEXTA.- Aplicación de las Reglas para exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios

La Norma VII del Código Tributario incorporada por el presente Decreto Legislativo, resulta de aplicación a las exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios que hayan sido concedidos sin señalar plazo de vigencia y que se encuentren vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente norma legal.

En el caso de exoneraciones, incentivos o beneficios tributarios cuyo plazo supletorio de tres (3) años previsto en la citada Norma VII hubiese vencido o venza antes del 31 de diciembre de 2012, mantendrán su vigencia hasta la referida fecha.

(Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 1117, publicado el 7 de julio de 2012.)

VIGÉSIMO SÉTIMA.- De las cartas fianzas bancarias o financieras

Las modificaciones referidas a los artículos 137, 141 y 146 del Código Tributario, serán de aplicación a los recursos de reclamación o de apelación que se interpongan a partir de la entrada en vigencia de la presente norma.

(Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo Nº 1121, publicado el 18 de julio de 2012.)

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

LEY DE PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA

LEY DE PROCEDIMIENTO DE EJECUCION COACTIVA

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto de la ley.

La presente ley establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva, que ejercen las entidades de la Administración Pública Nacional en virtud de las facultades otorgadas por las leyes de sus materias específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los Obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo. (*)

(*) Artículo modificado por el Articulo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 01-01-2004, cuyo texto es el siguiente :

“Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva, que ejercen los órganos del gobierno central, regional y local, en virtud de las facultades otorgadas por las leyes específicas. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los obligados el desarrollo de un debido procedimiento coactivo".(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28892, publicada el 15 octubre 2006, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley establece el marco legal de los actos de ejecución coactiva que corresponde a todas las entidades de la Administración Pública. Asimismo, constituye el marco legal que garantiza a los Obligados al desarrollo de un debido procedimiento coactivo."

Artículo 2.- Definiciones.

Para efecto de la presente ley, se entenderá por:

a) Entidad o Entidades: Aquélla de la Administración Pública Nacional, que está facultada por ley a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer; (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"a) Entidad o Entidades.- Aquellas de la Administración Pública Nacional, Regional y Local, que están facultadas por ley a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer."

b) Obligado: Toda persona natural, persona jurídica, sucesión indivisa, sociedad conyugal, sociedad de hecho y similares, que sea sujeto de un procedimiento de ejecución coactiva o de una medida cautelar previa;

c) Ejecutor Coactivo o Ejecutor: El funcionario responsable del Procedimiento de Ejecución Coactiva;

d) Auxiliar Coactivo o Auxiliar: Aquél que tiene como función colaborar con el Ejecutor;

e) Procedimiento: El conjunto de actos administrativos destinados al cumplimiento de la Obligación materia de ejecución coactiva;

f) Obligación: A la acreencia impaga de naturaleza tributaria o no tributaria, debidamente actualizada, o a la ejecución incumplida de una prestación de hacer o no hacer a favor de una Entidad de la Administración Pública Nacional, proveniente de relaciones jurídicas de derecho público.

Artículo 3.- Función del Ejecutor Coactivo.

El Ejecutor es el titular del Procedimiento y ejerce, a nombre de la Entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la Obligación, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 3.- Función del Ejecutor Coactivo

El Ejecutor Coactivo es el titular del Procedimiento y ejerce, a nombre de la Entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la Obligación, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Su cargo es indelegable. Tratándose de Gobiernos Regionales y Locales, para el cumplimiento de actos propios de sus funciones en otra jurisdicción, el Ejecutor Coactivo deberá librar exhorto de conformidad con lo dispuesto en el Título IV de la Sección Tercera del Código Procesal Civil.

La existencia de convenios de gestión no implica la delegación de la función de ejecución coactiva."(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28892, publicada el 15 octubre 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 3.- Función del Ejecutor Coactivo

El Ejecutor Coactivo es el titular del Procedimiento y ejerce, a nombre de la Entidad, las acciones de coerción para el cumplimiento de la Obligación, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Su cargo es indelegable.

Tratándose de gobiernos regionales y locales que cuenten con Ejecutor y Auxiliar Coactivo y que necesiten ejecutar una medida de embargo fuera de su jurisdicción territorial en cumplimiento de sus funciones, deberán librar exhorto a cualquier Ejecutor Coactivo de la provincia en donde se desea ejecutar la medida de embargo, de conformidad con lo dispuesto en

el Título IV de la Sección Tercera del Código Procesal Civil. Sobre un mismo procedimiento coactivo no se podrá librar exhorto a más de un Ejecutor Coactivo.

La existencia de convenios de gestión no implica la delegación de la función de ejecución coactiva." (*)

(*) De conformidad con el inciso e) del Artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 1014, publicado el 16 mayo 2008, para efectos de la recaudación de acreencias en el marco de acciones de ejecución coactiva, no se podrán realizar convenios de colaboración entre municipalidades provinciales y distritales de cualquier punto del país sin contar con la formalidad del exhorto correspondiente. Para tal efecto déjase en suspenso el tercer párrafo del presente Artículo.

“Artículo 3A.- Del Ejecutor coactivo exhortado

El Ejecutor coactivo exhortado es el único funcionario competente facultado para realizar actuaciones propias del procedimiento de ejecución coactiva, que consten de manera expresa en el exhorto bajo responsabilidad; quedando sujeto a la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 22 de la presente Ley.

Si el Ejecutor exhortado advierte la existencia de irregularidades o contravenciones al ordenamiento en materia de ejecución coactiva o a la Ley del Procedimiento Administrativo General, o si éstas le fueran comunicadas por el Obligado o tercero encargado de efectuar la retención, remitirá bajo responsabilidad el escrito de exhorto al Ejecutor Coactivo exhortante, para que proceda a la corrección de las observaciones formuladas. En este último supuesto, quedará en suspenso el procedimiento de ejecución coactiva, en tanto se corrija la irregularidad señalada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16, numeral 16.5, de la presente Ley." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

Artículo 4.- Requisitos del Ejecutor.

4.1 El Ejecutor deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;

b) Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley;

c) No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso;

d) No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales por medidas disciplinarias, ni de la actividad privada por causa o falta grave laboral;

e) Tener conocimiento y experiencia en derecho administrativo y/o tributario; y,

f) No tener ninguna otra incompatibilidad señalada por ley.

4.2 Tratándose de Municipalidades que no estén ubicadas en las provincias de Lima y Callao, así como en las capitales de provincias y departamentos, no será exigible el requisito establecido en el literal b) precedente, bastando que el Ejecutor tenga dos (2) años de instrucción superior o su equivalente en semestres.

Artículo 5.- Función del Auxiliar Coactivo.

El Auxiliar tiene como función colaborar con el Ejecutor, delegándole éste las siguientes facultades:

a) Tramitar y custodiar el expediente coactivo a su cargo;

b) Elaborar los diferentes documentos que sean necesarios para el impulso del Procedimiento;

c) Realizar las diligencias ordenadas por el Ejecutor;

d) Suscribir las notificaciones, actas de embargo y demás documentos que lo ameriten;

e) Emitir los informes pertinentes;

f) Dar fe de los actos en los que interviene en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 6.- Requisitos del Auxiliar.

6.1 El Auxiliar deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;

b) Acreditar por lo menos el tercer año de estudios universitarios concluidos en especialidades tales como Derecho, Contabilidad, Economía o Administración, o su equivalente en semestres;

c) No haber sido condenado ni hallarse procesado por delito doloso;

d) No haber sido destituido de la carrera judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales por medidas disciplinarias ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral;

e) Tener conocimiento y experiencia en derecho administrativo y/o tributario;

f) No tener vínculo de parentesco con el Ejecutor, hasta el cuarto grado de consanguinidad y/o segundo de afinidad;

g) No tener ninguna otra incompatibilidad señalada por ley.

6.2 Tratándose de Municipalidades que no estén ubicadas en las provincias de Lima y Callao, así como en las capitales de provincias y departamentos, no será exigible el requisito establecido en el literal b) precedente, bastando que el Auxiliar tenga un año de instrucción superior o su equivalente en semestres.

Artículo 7.- Designación y remuneración.

7.1 La designación del Ejecutor como la del Auxiliar se efectuará mediante concurso público de méritos.(*)

(*) De conformidad con la Sexta Disposición Final de la Ley Nº 27038, publicada el 31-12-98, lo dispuesto en el presente numeral, no es de aplicación a los Organos de la Administración Tributaria cuyo personal, incluyendo Ejecutores y Auxiliares Coactivos, ingrese mediante Concurso Público.

7.2 Tanto el Ejecutor como el Auxiliar ingresarán como funcionarios de la Entidad a la cual representan y ejercerán su cargo a tiempo completo y dedicación exclusiva.

7.3 El Ejecutor y el Auxiliar percibirán una remuneración de carácter permanente, encontrándose impedidos de percibir comisiones, porcentajes o participaciones cuyo cálculo se haga en base a los montos recuperados en los Procedimientos a su cargo.(*)

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley Nº 27204, publicada el 26-11-99, precísase que el Ejecutor y el Auxiliar Coactivo son funcionarios nombrados o contratados, según el régimen laboral de la Entidad a la cual representan, y su designación, en los términos señalados en este Artículo, no implica que dichos cargos sean de confianza.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO DE EJECUCION COACTIVA DE OBLIGACIONES NO TRIBUTARIAS

Artículo 8.- Ambito de aplicación.

El presente capítulo es de aplicación exclusiva para la ejecución de Obligaciones no tributarias exigibles coactivamente, provenientes de relaciones jurídicas de derecho público.

Artículo 9.- Exigibilidad de la Obligación.

9.1 Se considera Obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la Obligación. También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y gastos en que la Entidad hubiere incurrido durante la tramitación de dicho Procedimiento.

9.2 También serán ejecutadas conforme a ley, las garantías otorgadas a favor de la Entidad, dentro del Procedimiento establecido en la presente norma, cuando corresponda.

Artículo 10.- Costas.

10.1. El Ejecutor, bajo responsabilidad, liquidará las costas ciñéndose al arancel de costas procesales aprobado conforme a lo dispuesto por la presente ley. En caso de incumplimiento, el Obligado podrá exigir de manera solidaria, al Ejecutor, Auxiliar o la Entidad la devolución de cualquier exceso, incluyendo los intereses correspondientes.

CONCORDANCIA: R.M. N° 186-2003-PRODUCE

10.2. En ningún caso se efectuará cobro de costas y gastos cuando la cobranza se hubiera iniciado indebidamente en contravención de esta ley.

CONCORDANCIAS: R. ADM. N° 292-2005 (Aprueban Arancel de Gastos y Costas Procesales de los Procedimientos Coactivos de la Superintendencia)

Artículo 11.- Cobranzas onerosas.

Teniendo como base el costo del Procedimiento que establezca la Entidad y por economía procesal, no se iniciará Procedimientos respecto de aquellas deudas que, por su monto, resulten onerosas, quedando expedito el derecho de la Entidad a iniciar el Procedimiento por acumulación de dichas deudas, cuando así lo estime pertinente.

Artículo 12.- Actos de ejecución forzosa.

Los actos de ejecución forzosa regulados en el presente capítulo son los siguientes:

a) Cobro de ingresos públicos distintos a los tributarios, nacidos en virtud de una relación jurídica regida por el derecho público, siempre que corresponda a las obligaciones a favor de cualquier Entidad, proveniente de sus bienes, derechos o servicios distintos de las obligaciones comerciales o civiles y demás del derecho privado;

b) Cobro de multas administrativas distintas a las tributarias, y obligaciones económicas provenientes de sanciones impuestas por el Poder Judicial;

c) Demoliciones, construcciones de cercos o similares; reparaciones urgentes en edificios, salas de espectáculos o locales públicos, clausura de locales o servicios; y, adecuación a reglamentos de urbanización o disposiciones municipales o similares, salvo regímenes especiales;

d) Todo acto de coerción para cobro o ejecución de obras, suspensiones, paralizaciones, modificación o destrucción de las mismas que provengan de actos administrativos de cualquier Entidad, excepto regímenes especiales.

Artículo 13.- Medidas cautelares previas.

13.1 La Entidad, previa notificación del acto administrativo que sirve de título para el cumplimiento de la Obligación y aunque se encuentre en trámite recurso impugnatorio interpuesto por el Obligado, en forma excepcional y cuando existan razones que permitan objetivamente presumir que la cobranza coactiva puede devenir en infructuosa, podrá disponer que el Ejecutor trabe como medida cautelar previa cualquiera de las establecidas en el Artículo 33 de la presente ley, por la suma que satisfaga la deuda en cobranza.

13.2. Las medidas cautelares previas deberán sustentarse mediante el correspondiente acto administrativo y constar en resolución motivada que determina la Obligación, debidamente notificada.

13.3. La medida cautelar previa dispuesta no podrá exceder del plazo de treinta (30) días hábiles. Vencido dicho plazo la medida caducará, salvo que se hubiere interpuesto recurso impugnatorio, en cuyo caso se podrá prorrogar por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles.

13.4. Las medidas cautelares previas trabadas antes del inicio del Procedimiento no podrán ser ejecutadas, en tanto no se conviertan en definitivas, luego de iniciado dicho Procedimiento y vencido el plazo a que se refiere el Artículo 14 de la presente ley, siempre que se cumpla con las demás formalidades.

13.5. Mediante medida cautelar previa no se podrá disponer la captura de vehículos motorizados.

13.6. El Ejecutor levantará la medida cautelar previa si el Obligado otorga carta fianza bancaria o presenta alguna otra garantía que, a criterio de la Entidad, sea suficiente para garantizar el monto por el cual se trabó la medida.

13.7. El Ejecutor, por disposición de la Entidad, podrá ejecutar las medidas y disposiciones necesarias en caso de ejecución de obra o demolición o reparaciones urgentes o clausura de

locales públicos, o actos de coerción o ejecución forzosa, cuando esté en peligro la salud, higiene o seguridad pública. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 13.- Medidas cautelares previas

13.1 La Entidad, previa notificación del acto administrativo que sirve de título para el cumplimiento de la Obligación y aunque se encuentre en trámite recurso impugnatorio interpuesto por el obligado, en forma excepcional y cuando existan razones que permitan objetivamente presumir que la cobranza coactiva puede devenir en infructuosa, podrá disponer que el Ejecutor trabe como medida cautelar previa cualquiera de las establecidas en el artículo 33 de la presente Ley, por la suma que satisfaga la deuda en cobranza.

13.2 Las medidas cautelares previas, a que se refiere el numeral anterior, deberán sustentarse mediante el correspondiente acto administrativo y constar en resolución motivada que determine con precisión la Obligación debidamente notificada.

13.3 La medida cautelar previa dispuesta no podrá exceder del plazo de treinta (30) días hábiles. Vencido dicho plazo la medida caducará, salvo que se hubiere interpuesto recurso impugnatorio, en cuyo caso se podrá prorrogar por un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, vencidos los cuales caducará en forma definitiva. Transcurridas las cuarenta y ocho (48) horas de producida la caducidad, en uno u otro caso, deberá procederse de manera inmediata y de oficio a dejar sin efecto la medida cautelar y a la devolución de los bienes afectados por dicha medida. Lo dispuesto resulta de igual aplicación en el caso de que terceros tengan en su poder bienes del Obligado, afectados por medidas cautelares en forma de secuestro o retención.

13.4 Las medidas cautelares previas trabadas antes del inicio del Procedimiento no podrán ser ejecutadas, en tanto no se conviertan en definitivas, luego de iniciado dicho procedimiento y vencido el plazo a que se refiere el artículo 14 de la presente Ley, previa emisión del acto administrativo correspondiente y siempre que se cumpla con las demás formalidades.

13.5 Mediante medida cautelar previa no se podrá disponer la captura de vehículos motorizados.

13.6 Cuando la cobranza se encuentre referida a obligaciones de dar suma de dinero, el ejecutor levantará de forma inmediata la medida cautelar previa si el Obligado otorga carta fianza o póliza de caución emitida por una empresa del sistema financiero o de seguros por el mismo monto ordenado retener, dentro del plazo señalado en el numeral 13.3.

13.7 El Ejecutor, por disposición de la Entidad, podrá ejecutar las medidas y disposiciones necesarias para el caso de paralizaciones de obra, demolición o reparaciones urgentes, suspensión de actividades, clausura de locales públicos, u otros actos de coerción o ejecución forzosa, vinculados al cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, y siempre que la fiscalización de tales actividades sea de competencia de la Entidad y se encuentre en peligro la salud, higiene o seguridad pública así como en los casos en los que se vulnere las normas sobre urbanismo y zonificación.

13.8 Tratándose del cobro de ingresos públicos a que se refiere el artículo 12, literales a) y b) de la presente Ley, los gobiernos locales únicamente podrán ejecutar, en calidad de medida cautelar previa, el embargo en forma de intervención en información previsto en el artículo 33, literal a), de la presente Ley."

Artículo 14.- Inicio del Procedimiento.

El Procedimiento es iniciado por el Ejecutor mediante la notificación al Obligado de la Resolución de Ejecución Coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de una Obligación dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas en caso éstas ya se hubieran dictado en base a lo dispuesto por el Artículo 17 de la presente ley. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 14.- Inicio del Procedimiento

14.1 El Procedimiento se inicia con la notificación al Obligado de la Resolución de Ejecución Coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de una Obligación Exigible conforme el artículo 9 de la presente Ley; y dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas en caso de que éstas ya se hubieran dictado en base a lo dispuesto en el artículo 17 de la presente Ley.

14.2 El Ejecutor Coactivo sólo podrá iniciar el procedimiento de ejecución coactiva cuando haya sido debidamente notificado el acto administrativo que sirve de título de ejecución, y siempre que no se encuentre pendiente de vencimiento el plazo para la interposición del recurso administrativo correspondiente y/o haya sido presentado por el Obligado dentro del mismo."

Artículo 15.- Resolución de Ejecución Coactiva.

15.1. La Resolución de Ejecución Coactiva deberá contener, bajo sanción de nulidad, los siguientes requisitos:

a) La indicación del lugar y fecha en que se expide;

b) El número de orden que le corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que expide;

c) El nombre del Obligado;

d) La identificación de la resolución o acto administrativo generador de la Obligación, debidamente notificado, así como la indicación expresa del cumplimiento de la obligación en el plazo de 7 días;

e) El monto total de la deuda objeto de la cobranza, indicando detalladamente la cuantía de la multa administrativa, así como los intereses; o, en su caso, la especificación de la obligación de hacer o no hacer objeto del Procedimiento;

f) La base legal en que se sustenta; y,

g) La suscripción del Ejecutor y del Auxiliar respectivo.

15.2. La resolución de ejecución coactiva irá acompañada de copia de la resolución administrativa a que se refiere el literal d) del numeral anterior. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 15.- Resolución de Ejecución Coactiva

15.1 La resolución de ejecución coactiva deberá contener, bajo sanción de nulidad, los siguientes requisitos:

a) La indicación del lugar y fecha en que se expide;

b) El número de orden que le corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expide;

c) El nombre y domicilio del obligado;

d) La identificación de la resolución o acto administrativo generador de la Obligación, debidamente notificado, así como la indicación expresa del cumplimiento de la obligación en el plazo de siete (7) días;

e) El monto total de la deuda objeto de la cobranza, indicando detalladamente la cuantía de la multa administrativa, así como los intereses o, en su caso, la especificación de la obligación de hacer o no hacer objeto del Procedimiento;

f) La base legal en que se sustenta; y,

g) La suscripción del Ejecutor y el Auxiliar respectivo. No se aceptará como válida la incorporación de la firma mecanizada.(*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28892, publicada el 15 octubre 2006, cuyo texto es el siguiente:

"g) La suscripción del Ejecutor y el Auxiliar respectivo. No se aceptará como válida la incorporación de la firma mecanizada, a excepción del caso de cobro de multas impuestas por concepto de infracciones de tránsito y/o normas vinculadas al transporte urbano."

15.2 La resolución de ejecución coactiva será acompañada de la copia de la resolución administrativa a que se refiere el literal d) del numeral anterior, su correspondiente constancia de notificación y recepción en la que figure la fecha en que se llevó a cabo, así como la constancia de haber quedado consentida o causado estado."

Artículo 16.- Suspensión del Procedimiento.

16.1. Ninguna autoridad ni órgano administrativo o político podrá suspender el Procedimiento, con excepción del Ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

a) La deuda haya quedado extinguida o la obligación haya sido cumplida;

b) La deuda u obligación esté prescrita;

c) La acción se siga contra persona distinta al Obligado;

d) Se haya omitido la notificación al Obligado, del acto administrativo que sirve de título para la ejecución;

e) Se encuentre en trámite recurso impugnatorio de reconsideración, apelación o revisión, presentado dentro de los plazos de ley, contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución;

f) Exista convenio de liquidación judicial o extrajudicial o acuerdo de acreedores, de conformidad con las normas legales pertinentes o cuando el Obligado haya sido declarado en quiebra;

g) Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago; y,

h) Cuando se trate de empresas en proceso de reestructuración patrimonial al amparo del Decreto Legislativo Nº 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, o estén comprendidas dentro de los alcances del Decreto Ley Nº 25604.

16.2. Además del Ejecutor, podrá disponer la suspensión del Procedimiento el Poder Judicial, sólo cuando dentro de un proceso de acción de amparo o de demanda contencioso administrativa, exista medida cautelar firme.(*)(**)

(*) Este numeral será modificado por la Unica Disposición Modificatoria de la Ley Nº 27584, publicada el 07-12-2001. La Ley en mención entrará en vigencia a los 30 días naturales siguientes a su publicación en el Diario Oficial. De conformidad con el Artículo 1 del Decreto de Urgencia Nº 136-2001, publicado el 21-12-2001, se amplía el plazo de entrada en vigencia en 180 días.

(**) De conformidad con el Artículo 4 de la Ley N° 27684, publicada el 16-03-2002, se deroga el Decreto de Urgencia N° 136-2001, y conforme al Artículo 5 de la citada Ley, se dispone la vigencia

de la Ley 27584, a los 30 días posteriores a la publicación de la Ley 27684, consiguientemente queda modificado el presente numeral, siendo el nuevo texto el siguiente:

"16.2 Además del Ejecutor podrá disponer la suspensión del procedimiento el Poder Judicial, sólo cuando dentro de un proceso de amparo o contencioso administrativo, exista medida cautelar".

16.3. El Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento, siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes.

16.4. El Ejecutor deberá pronunciarse expresamente sobre lo solicitado, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes. Vencido dicho plazo sin que medie pronunciamiento expreso, el Ejecutor estará obligado a suspender el Procedimiento, cuando el Obligado acredite el silencio administrativo con el cargo de recepción de su solicitud.(*)

(*) De conformidad con el Artículo 1 de la Resolución Ministerial Nº 142-2001-TR, publicada el 01-08-2001, se precisa que el Ejecutor Coactivo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social tiene un plazo de ocho (8) días hábiles para emitir la Resolución que resuelve la solicitud de suspensión del procedimiento.

16.5. Suspendido el Procedimiento, se procederá al levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran trabado. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 16.- Suspensión del procedimiento

16.1 Ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el Procedimiento, con excepción del ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:

a) La deuda haya quedado extinguida o la obligación haya sido cumplida;

b) La deuda u obligación esté prescrita;

c) La acción se siga contra persona distinta al Obligado;

d) Se haya omitido la notificación al Obligado, del acto administrativo que sirve de título para la ejecución;

e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley;

CONCORDANCIAS: EXPEDIENTE N° 0015-2005-PI-TC (Declaran infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta

contra el Art. 1 de la Ley Nº 28165, que modifica la presente ley)

f) Exista convenio de liquidación judicial o extrajudicial o acuerdo de acreedores, de conformidad con las normas legales pertinentes o cuando el Obligado haya sido declarado en quiebra;

g) Exista resolución concediendo aplazamiento y/o fraccionamiento de pago;

h) Cuando se trate de empresas en proceso de reestructuración patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley Nº 27809, Ley General del Sistema Concursal, o norma que la sustituya o reemplace, o se encuentren comprendidas dentro de los alcances del Decreto Ley Nº 25604; e,

i) Cuando se acredita que se ha cumplido con el pago de la obligación no tributaria en cuestión ante otra Municipalidad que se atribuye la misma competencia territorial por conflicto de límites. Dilucidado el conflicto de competencia, si la Municipalidad que inició el procedimiento de cobranza coactiva es la competente territorialmente tendrá expedito su derecho de repetir contra la Municipalidad que efectuó el cobro de la obligación no tributaria.

16.2 Adicionalmente, el procedimiento de ejecución coactiva deberá suspenderse, bajo responsabilidad, cuando exista mandato emitido por el Poder Judicial en el curso de un proceso de amparo o contencioso administrativo, o cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo. En tales casos, la suspensión del procedimiento deberá producirse dentro del día hábil siguiente a la notificación del mandato judicial y/o medida cautelar o de la puesta en conocimiento de la misma por el ejecutado o por tercero encargado de la retención, en este último caso, mediante escrito adjuntando copia del mandato o medida cautelar y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley en lo referido a la demanda de revisión judicial.

16.3 El Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes.

16.4 El Ejecutor deberá pronunciarse expresamente sobre lo solicitado, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes. Vencido dicho plazo sin que medie pronunciamiento expreso, el Ejecutor estará obligado a suspender el Procedimiento, cuando el Obligado acredite el silencio administrativo con el cargo de recepción de su solicitud.

16.5 Suspendido el Procedimiento, se procederá al levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran trabado.

16.6 Sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales anteriores, el Ejecutor Coactivo está sometido a la decisión de la Entidad a la que representa y de la cual es mandatario, la misma que en cualquier momento tiene la potestad de suspender el procedimiento coactivo, mediante acto administrativo expreso.

En caso de que la autoridad competente, administrativa o judicial, revoque la decisión de la Entidad que dio origen al Procedimiento, esta última suspenderá el procedimiento de ejecución coactiva, bajo responsabilidad, dictando la orden correspondiente al Ejecutor Coactivo, dentro de un plazo que no excederá de los tres (3) días hábiles de notificada la revocación.

16.7 La suspensión del procedimiento de ejecución coactiva de la Obligación principal conlleva la suspensión de cualquier otro procedimiento respecto de todas las Obligaciones derivadas de ésta."

CONCORDANCIAS: Acuerdo Nº 51-14-ESSALUD-2008, Art. 12

Artículo 17.- Medidas Cautelares.

17.1. Vencido el plazo de siete (7) días hábiles a que se refiere el Artículo 14 sin que el Obligado haya cumplido con el mandato contenido en la Resolución de Ejecución Coactiva, el Ejecutor podrá disponer se trabe cualquiera de las medidas cautelares establecidas en el Artículo 33 de la presente ley, o, en su caso, mandará a ejecutar forzosamente la obligación de hacer o no hacer. El Obligado deberá asumir los gastos en los que haya incurrido la Entidad, para llevar a cabo el Procedimiento.

17.2. Cuando se trate de embargo en forma de inscripción, el importe de las tasas registrales u otros derechos que se cobren por la anotación en el Registro Público u otro Registro, deberá ser pagado por:

a) La Entidad, con el producto del remate, luego de obtenido éste, o cuando el embargo se hubiese trabado indebidamente, o;

b) El Obligado, con ocasión del levantamiento de la medida.

Artículo 18.- Obligación y responsabilidad del tercero.

18.1. El tercero no podrá informar al Obligado de la ejecución de la medida cautelar hasta que se realice la misma. Si el tercero niega la existencia de créditos y/o bienes, aún cuando éstos existan, estará obligado a pagar el monto que omitió retener, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

18.2. Asimismo, si el tercero incumple la orden de retener y paga al Obligado o a un designado por cuenta de aquél, estará obligado a pagar a la Entidad el monto que debió retener.

18.3. En los casos a que se refieren los dos párrafos precedentes, sólo se podrá imputar responsabilidad solidaria al tercero mediante la correspondiente resolución emitida por el órgano competente de la Entidad, por el monto que omitió retener. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"18.3 La imputación de responsabilidad solidaria al tercero se determina mediante resolución emitida por el mismo órgano de la entidad que determinó la Obligación materia del procedimiento de ejecución coactiva en trámite y es notificado conforme a Ley.

La resolución que imputa responsabilidad al tercero podrá ser objeto de impugnación administrativa mediante los recursos previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. El procedimiento coactivo que se inicie para la ejecución forzosa de dicha obligación, corre en forma independiente del procedimiento principal."

18.4. La medida se mantendrá por el monto que el Ejecutar ordenó retener al tercero y hasta su entrega al Ejecutor.

18.5. En caso que el embargo no cubra la deuda, podrá comprender nuevas cuentas, depósitos, custodia u otros de propiedad del Obligado, la que no deberá exceder la suma adeudada.

CONCORDANCIAS: D.Leg. Nº 1014, inc. b) del Art. 9 (Medidas en materia de procedimientos de ejecución coactiva)

Artículo 19.- Descerraje.

El Ejecutor sólo podrá hacer uso de medidas como el descerraje o similares previa autorización judicial, cuando medien circunstancias que impidan el desarrollo de las diligencias, y siempre que dicha situación sea constatada por personal de las fuerzas policiales. Para tal efecto, el Ejecutor deberá cursar solicitud motivada ante cualquier Juez Especializado en lo Civil, quien debe resolver en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte, bajo responsabilidad.

Artículo 20.- Tercería de propiedad.

20.1. El tercero que alegue la propiedad del bien o bienes embargados podrá interponer tercería de propiedad ante el Ejecutor, en cualquier momento antes de que se inicie el remate del bien.

20.2. La tercería de propiedad se tramitará de acuerdo con las siguientes reglas:

20.2.1. Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

20.2.2. Admitida la tercería de propiedad, el Ejecutor suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y correrá traslado de la tercería al Obligado para que la absuelva en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación. Vencido el plazo, con la contestación del Obligado o sin ella, el Ejecutor resolverá la tercería dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, bajo responsabilidad.

20.2.3. La resolución dictada por el Ejecutor agota la vía administrativa, pudiendo las partes contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial.

20.3. En todo lo no previsto por este artículo serán de aplicación las normas pertinentes, respecto al trámite de tercería, contenidas en el Código Procesal Civil.

Artículo 21.- Tasación y remate.

21.1. La tasación y remate de los bienes embargados, se efectuará de acuerdo a las normas que para el caso establece el Código Procesal Civil.

21.2. Del producto del remate, el Ejecutor cobrará el monto de la deuda debidamente actualizada, además de las costas y gastos respectivos, entregando al Obligado y/o al tercero, de ser el caso, el remanente resultante.

21.3. El martillero designado para conducir el remate deberá emitir una póliza de adjudicación, la cual deberá contener los requisitos establecidos en las normas sobre comprobantes de pago, de modo que garanticen al adjudicatario sustentar gasto o costo para efecto tributario y/o utilizar el crédito fiscal o el crédito deducible.

Artículo 22.- Responsabilidad.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal y/o administrativa que corresponda, tanto el Ejecutor como el Auxiliar y la Entidad, serán responsables solidarios civilmente por el perjuicio que se cause, en los siguientes casos:

a) Cuando se inicie un Procedimiento sin que exista acto o resolución administrativa que determine la Obligación;

b) Cuando se inicie un Procedimiento sin que el acto o resolución administrativa que determine la Obligación hubiese sido debidamente notificado;

c) Cuando el Procedimiento se inicie sin esperar el vencimiento del plazo fijado por ley, para impugnar el acto o la resolución administrativa que determine la Obligación;

d) Cuando no se hubiese suspendido el Procedimiento a pesar que el Obligado hubiese probado fehaciente y oportunamente el silencio administrativo positivo;

e) Cuando no levante la orden de retención sobre las cantidades retenidas en exceso, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación cursada por el agente retenedor;

f) Cuando ejecute las medidas cautelares y/o las garantías ofrecidas en contravención a lo dispuesto en la presente ley;

g) Cuando el monto obtenido por la ejecución de las garantías no sea destinado a la cancelación o amortización de la deuda;

h) Cuando se incumpla con lo dispuesto por el Tribunal Fiscal, o en los casos que corresponda conforme a ley; y,

i) Cuando se incumpla con el procedimiento establecido para la tercería de propiedad a que se refiere la presente ley.

j) Cuando se traben medidas cautelares sobre bienes que tengan la calidad de inembargables expresamente establecida por Ley. (*)

La exigencia de responsabilidad patrimonial del Ejecutor, el Auxiliar o la Entidad, se establecerá de acuerdo a las vías procedimentales previstas en la Ley Nº 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo. (*)

(*) Texto incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

Artículo 23.- Revisión judicial del Procedimiento.

23.1. Sólo después de concluido el Procedimiento, el Obligado podrá interponer demanda ante la Corte Superior dentro de un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución que pone fin al Procedimiento.

23.2. Al resolver, la Corte Superior examinará únicamente si se ha tramitado el Procedimiento conforme a ley, sin que pueda entrar al análisis del fondo del asunto o de la procedencia de la cobranza o, en su caso, de la procedencia de la obligación de hacer o no hacer. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 23.- Revisión judicial del procedimiento

El procedimiento de ejecución coactiva puede ser sometido a un proceso que tenga por objeto exclusivamente la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite para efectos de lo cual resultan de aplicación las disposiciones que se detallan a continuación:

23.1 El obligado, así como el tercero sobre el cual hubiera recaído la imputación de responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 18 de la presente Ley, están facultados para interponer demanda ante la Corte Superior, con la finalidad de que se lleve a cabo la revisión de la legalidad del procedimiento de ejecución coactiva, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando iniciado un procedimiento de ejecución coactiva, se hubiera ordenado mediante embargo, la retención de bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como los derechos de crédito de los cuales el obligado o el responsable solidario sea titular y que se encuentren en poder de terceros, así como cualquiera de las medidas cautelares previstas en el artículo 33 de la presente Ley.

b) Después de concluido el procedimiento de ejecución coactiva, dentro de un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución que pone fin al procedimiento.

23.2 El proceso de revisión judicial será tramitado mediante el proceso contencioso administrativo de acuerdo al proceso sumarísimo previsto en el artículo 24 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el presente artículo.

23.3 La sola presentación de la demanda de revisión judicial suspenderá automáticamente la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva hasta la emisión del correspondiente pronunciamiento de la Corte Superior, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 16, numeral 16.5 de la presente Ley.

El Obligado o el administrado al cual se imputa responsabilidad solidaria sujeto a ejecución coactiva, entregará a los terceros copia simple del cargo de presentación de la demanda de revisión judicial, la misma que constituirá elemento suficiente para que se abstengan de efectuar retenciones y/o proceder a la entrega de los bienes sobre los que hubiere recaído medida cautelar de embargo, así como efectuar nuevas retenciones, bajo responsabilidad, mientras dure la suspensión del procedimiento. (1)(2)(3)

(1) De conformidad con el Artículo 35 del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2009-PCM, publicado el 17 febrero 2009, la impugnación en sede judicial de las resoluciones de INDECOPI o la revisión judicial del procedimiento de ejecución coactiva de esta entidad solo suspenden dicha ejecución cuando el interesado lo solicite por escrito ante el respectivo Ejecutor Coactivo, adjuntando el cargo de presentación de la demanda y el ejemplar original de la carta fianza a la que se refiere el Artículo 19° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1033. (*)

(2) De conformidad con el Numeral 19.4 del Artículo 19 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1033, adicionado el 02 septiembre 2010 por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29571, y vigente a los treinta (30) días calendario contados a partir del día siguiente de su publicación, se dispone que en los casos de demandas de revisión judicial de la legalidad y del cumplimiento de las normas de inicio y trámite del procedimiento de ejecución coactiva, dicha ejecución solo será suspendida si el

cumplimiento de la obligación es garantizado mediante carta fianza, cuyos requisitos están señalados en el Artículo 35° del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI. (*)

(3) De conformidad con la Undécima Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 30076 - Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y Crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana, publicada el 19 agosto 2013, se establece que el presente numeral no es de aplicación a los casos de imposición de papeletas de tránsito. En estos casos, la presentación de la demanda de revisión judicial no suspende la ejecución de los cobros coactivos por aplicación de papeletas de tránsito, salvo mandato judicial. (*)

CONCORDANCIAS: EXPEDIENTE N° 0015-2005-PI-TC (Declaran infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta

contra el Art. 1 de la Ley Nº 28165, que modifica la presente ley)

23.4 La Corte Superior deberá emitir pronunciamiento sobre la demanda de revisión por el solo mérito de los documentos presentados, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 23.2.

Si la Corte Superior no emite resolución al término de los sesenta (60) días hábiles desde la presentación de la demanda, se mantendrá la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, inclusive durante el trámite del recurso de apelación ante la Corte Suprema a que se refiere el numeral 23.8, siempre que el demandante a su elección, presente en el proceso póliza de caución, carta fianza irrevocable, incondicional y de ejecución inmediata, emitida por un Banco local de primer orden a nombre de la entidad acreedora por el importe de la obligación renovable cada seis (6) meses; o efectúe la consignación del monto exigido ante el Banco de la Nación, a nombre de la Corte Superior de Justicia. La ejecución de la póliza de caución, carta fianza o la entrega al Ejecutor Coactivo de los fondos consignados sólo procederá cuando medie orden judicial expresa.

23.5 Para efectos de resolver sobre la demanda de revisión judicial, únicamente corresponde a la Corte Superior resolver si el procedimiento de ejecución coactiva ha sido iniciado o tramitado conforme a las disposiciones previstas en la presente Ley.

En los casos en que se advierta la presencia de evidente irregularidad o ilegalidad manifiesta en el trámite del procedimiento de ejecución coactiva, que hubiera conducido a la producción de daños económicos verificables y cuantificables, la Sala competente, además de ordenar el levantamiento de las medidas cautelares, podrá determinar la existencia de responsabilidad civil y administrativa del Ejecutor y el Auxiliar coactivo y el monto correspondiente por concepto de indemnización.

23.6 En concordancia con lo establecido en el artículo 392 del Código Penal, incurre en delito de concusión el Ejecutor o Auxiliar coactivo que, a pesar de tener conocimiento de la interposición de la demanda de revisión judicial, exija la entrega de los bienes mientras dure la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, sin perjuicio de la responsabilidad civil y administrativa a que se refiere el artículo 22 de la presente Ley.

23.7 Sólo con resolución judicial favorable de la Corte Superior de Justicia sobre la legalidad del procedimiento y sobre la procedencia de la entrega de los bienes, valores, fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros intervenidos, recaudados y/o retenidos, el Ejecutor coactivo o la propia entidad, si fuera el caso, podrá exigir la entrega de los mismos.

23.8 Para efectos del proceso de revisión judicial será competente la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, en el lugar donde se llevó a cabo el procedimiento de ejecución coactiva materia de revisión o la competente en el domicilio del obligado. En los lugares donde no exista Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo es competente la Sala Civil correspondiente y en defecto de ésta, la que haga sus veces.

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República constituye la segunda instancia. En los procesos de revisión judicial no procede el recurso de casación a que se refiere el artículo 32, inciso 3) de la Ley Nº 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo."

"Artículo 23-A.- Nulidad de actos que contravengan o restrinjan los mandatos judiciales o administrativos

Son nulos los actos administrativos emitidos por el Ejecutor Coactivo que pretendan incumplir, cuestionar o contradecir las resoluciones y/o mandatos emitidos por los órganos jurisdiccionales o administrativos competentes, que tengan incidencia directa o indirecta en el trámite de los procedimientos de ejecución coactiva; incluyéndose, pero sin limitarse a ello, las resoluciones que declaren fundadas las solicitudes que tengan por objeto la suspensión del

procedimiento de ejecución coactiva o los efectos del acto constitutivo de la obligación materia de dicho procedimiento, así como los mandatos judiciales y/o administrativos que en forma expresa ordenen la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO DE COBRANZA COACTIVA PARA OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LOS GOBIERNOS LOCALES

Artículo 24.- Ambito de aplicación.

Las normas contenidas en el presente capítulo se aplicarán exclusivamente al Procedimiento correspondiente a obligaciones tributarias a cargo de los Gobiernos Locales.

Artículo 25.- Deuda exigible coactivamente.

25.1. Se considera deuda exigible:

a) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa, emitida por la Entidad conforme a ley, debidamente notificada y no reclamada en el plazo de ley;

b) La establecida por resolución debidamente notificada y no apelada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal;

c) Aquella constituida por las cuotas de amortización de la deuda tributaria materia de aplazamiento y/o fraccionamiento pendientes de pago, cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó ese beneficio, siempre y cuando se haya cumplido con notificar al deudor la

resolución que declara la pérdida del beneficio de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio dentro del plazo de ley; y,

d) La que conste en una Orden de Pago emitida conforme a ley. (*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"d) La que conste en una Orden de Pago emitida conforme a Ley y debidamente notificada, de conformidad con las disposiciones de la materia previstas en el Texto Único Ordenado del Código Tributario."

25.2 La Administración Tributaria de los Gobiernos Locales únicamente emitirá Ordenes de Pago en los casos establecidos en los numerales 1 y 3 del Artículo 78 del Código Tributario. Para los demás supuestos deberá emitir Resoluciones de Determinación.

25.3. El Ejecutor tiene, asimismo, la facultad de ejecutar las garantías otorgadas a favor de la Entidad por los deudores tributarios y/o terceros, cuando corresponda, con arreglo al Procedimiento establecido por la ley de la materia.

25.4. También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y los gastos en que la Entidad hubiera incurrido en la cobranza coactiva de las deudas tributarias.

Artículo 26.- Costas.

26.1. El Ejecutor, bajo responsabilidad, liquidará las costas ciñéndose al arancel de costas procesales aprobado conforme a lo dispuesto por la presente ley. En caso de incumplimiento, el Obligado podrá exigir, de manera solidaria, al Ejecutor, Auxiliar o la Entidad la devolución de cualquier exceso, incluyendo los intereses correspondientes.

26.2 En ningún caso se efectuará cobro de costas y gastos cuando la cobranza se hubiera iniciado indebidamente en contravención de esta ley.

Artículo 27.- Cobranzas onerosas.

Teniendo como base el costo del Procedimiento que establezca la Entidad y por economía procesal, no se iniciarán Procedimientos respecto de aquellas deudas que, por su monto, resulten onerosas, quedando expedito el derecho de la Entidad a iniciar el Procedimiento por acumulación de dichas deudas, cuando así lo estime pertinente.

Artículo 28.- Medidas cautelares previas.

28.1. Los Ejecutores podrán trabar medidas cautelares previas para garantizar el pago de las deudas tributarias, ciñéndose estrictamente a lo dispuesto en el Artículo 13 de la presente ley. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"28.1 Los Ejecutores coactivos únicamente podrán ejecutar, en calidad de medida cautelar previa, el embargo en forma de intervención en información previsto en el artículo 33, literal a), de la presente Ley, debiendo cumplir con los requisitos previstos en el artículo 13."

CONCORDANCIAS: EXPEDIENTE N° 0015-2005-PI-TC (Declaran infundada demanda de inconstitucionalidad interpuesta

contra el Art. 1 de la Ley Nº 28165, que modifica la presente ley)

28.2. En ningún caso los Ejecutores de los Gobiernos Locales podrán aplicar lo dispuesto por los Artículos 56, 57 y 58 del Código Tributario.

28.3. El Ejecutor levantará la medida cautelar previa si el Obligado otorga carta fianza bancaria o presenta alguna otra garantía que, a criterio de la Entidad, sea suficiente para garantizar el monto por el cual se trabó la medida.

Artículo 29.- Inicio del Procedimiento.

El Procedimiento es iniciado por el Ejecutor mediante la notificación al Obligado de la Resolución de Ejecución Coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de la obligación exigible coactivamente, dentro del plazo de siete (7) días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar.

Artículo 30.- Resolución de Ejecución Coactiva

La Resolución de Ejecución Coactiva deberá contener los mismos requisitos señalados en el Artículo 15 de la presente ley.

Artículo 31.- Suspensión del Procedimiento.

31.1 Además de las causales de suspensión que prevé el Artículo 16 de la presente ley, el Ejecutor, bajo responsabilidad, también deberá suspender el Procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando existiera a favor del interesado anticipos o pagos a cuenta del mismo tributo, realizados en exceso, que no se encuentren prescritos;

b) Cuando lo disponga el Tribunal Fiscal, conforme a lo dispuesto en el Artículo 38; y,

c) Cuando se haya presentado, dentro de los plazos de ley, recurso impugnatorio de reclamación; de apelación ante la Municipalidad Provincial de ser el caso; apelación ante el Tribunal Fiscal o demanda contencioso administrativa que se encontrara en trámite. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"31.1 Además de las causales de suspensión que prevé el artículo 16 de la presente Ley, el Ejecutor, bajo responsabilidad, también deberá suspender el Procedimiento en los siguientes casos:

a) Cuando existiera a favor del interesado anticipos o pagos a cuenta del mismo tributo, realizados en exceso, que no se encuentren prescritos;

b) Cuando lo disponga el Tribunal Fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 38;

c) Cuando se haya presentado, dentro de los plazos de ley, recurso impugnatorio de reclamación; de apelación ante la Municipalidad Provincial de ser el caso; apelación ante el Tribunal Fiscal o demanda contencioso administrativa que se encontrara en trámite; y,

d) Cuando se acredita que se ha cumplido con el pago de la obligación tributaria en cuestión ante otra Municipalidad que se atribuye la misma competencia territorial. Dilucidado el conflicto de competencia si la Municipalidad que inició el procedimiento de cobranza coactiva es la competente territorialmente tendrá expedito su derecho a repetir contra la Municipalidad que efectuó el cobro de la obligación tributaria."

31.2. Excepcionalmente, tratándose de Ordenes de Pago y cuando medien circunstancias que evidencien que la cobranza pueda ser improcedente, la Entidad debe admitir la reclamación sin pago previo, siempre que ésta sea presentada dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes al de la notificación de la Orden de Pago, suspendiendo la cobranza coactiva hasta que la deuda sea exigible coactivamente.

31.3 En los casos en que se hubiera trabado embargo y se disponga la suspensión del Procedimiento, procederá el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren trabado.

31.4 Además del Ejecutor, el Poder Judicial podrá disponer la suspensión del Procedimiento sólo cuando dentro de un proceso de acción de amparo, exista medida cautelar firme. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"31.4 Además de los supuestos previstos en el numeral 31.1, el procedimiento de ejecución coactiva se suspenderá, bajo responsabilidad, cuando exista mandato emitido por el Poder Judicial, en el curso de un proceso de Amparo o Contencioso Administrativo, o cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo.

La suspensión del procedimiento deberá producirse dentro del día hábil siguiente a la notificación del mandato judicial y/o de la medida cautelar, o de la puesta en conocimiento de la misma por el ejecutado o tercero encargado de la retención, en este último caso, mediante escrito adjuntando copia del mandato o medida cautelar, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley en lo referido a la demanda de revisión judicial."

31.5. El Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento, siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo o en el Artículo 19 de la presente ley, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"31.5 El Obligado podrá solicitar la suspensión del Procedimiento, siempre que se fundamente en alguna de las causales previstas en el presente artículo o en el artículo 19 de la presente Ley, presentando al Ejecutor las pruebas correspondientes."

31.6. El Ejecutor deberá pronunciarse expresamente sobre lo solicitado, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes. Vencido dicho plazo sin que medie pronunciamiento expreso, el Ejecutor está obligado a suspender el Procedimiento, cuando el Obligado acredite el silencio administrativo con el cargo de recepción de su solicitud. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

31.6 A excepción del mandato judicial expreso, el Ejecutor deberá pronunciarse expresamente sobre lo solicitado, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes. Vencido dicho plazo sin que medie pronunciamiento expreso, el Ejecutor está obligado a suspender el Procedimiento cuando el Obligado acredite el silencio administrativo con el cargo de recepción de su solicitud."(*)

(*) Inciso modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28892, publicada el 15 octubre 2006, cuyo texto es el siguiente:

"31.6 A excepción del mandato judicial expreso, el Ejecutor deberá pronunciarse expresamente sobre lo solicitado, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

Vencido dicho plazo sin que medie pronunciamiento expreso, el Ejecutor está obligado a suspender el procedimiento cuando el Obligado acredite el silencio administrativo con el cargo de recepción de su solicitud."

31.7. Suspendido el Procedimiento, se procederá al levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran trabado.

Artículo 32.- Medidas Cautelares

Vencido el plazo a que se refiere el Artículo 29 de la presente ley, el Ejecutor podrá disponer se traben como medidas cautelares cualquiera de las previstas en el siguiente artículo. Para tal efecto:

a) Notificará las medidas cautelares, las que surtirán sus efectos desde el momento de su recepción; y,

b) Señalará cualesquiera de los bienes y/o derechos del Obligado, aún cuando se encuentren en poder de un tercero.

Artículo 33.- Formas de Embargo.

Las formas de embargo que podrá trabar el Ejecutor son las siguientes:

a) En forma de intervención en recaudación, en información o en administración de bienes, debiendo entenderse con el representante de la empresa o negocio;

b) En forma de depósito o secuestro conservativo, el que se ejecutará sobre los bienes que se encuentren en cualquier establecimiento, inclusive los comerciales o industriales u oficinas de profesionales independientes, para lo cual el Ejecutor podrá designar como depositario de los bienes al Obligado, a un tercero o a la Entidad.

Por excepción, respecto de bienes conformantes de una unidad de producción o comercio de una empresa, sólo se podrá trabar embargo en forma de depósito con extracción de bienes aisladamente, en tanto no se afecte el proceso de producción o comercio del Obligado.

Cuando se trate de bienes inmuebles no inscritos en Registros Públicos, el Ejecutor podrá trabar embargo en forma de depósito respecto de los citados bienes, debiendo nombrar al Obligado como depositario;

c) En forma de inscripción, debiendo anotarse en el Registro Público u otro registro, según corresponda. El importe de las tasas registrales u otros derechos, deberán ser pagados por la Entidad, con el producto del remate, luego de obtenido éste, o por el Obligado con ocasión del levantamiento de la medida, salvo que ésta haya sido trabada en forma indebida;

d) En forma de retención, en cuyo caso recae sobre los bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el Obligado sea titular, que se encuentren en poder de terceros.

La medida podrá ejecutarse mediante la diligencia de toma de dicho o notificando al tercero a efectos que se retenga el pago a la orden de la Entidad. En ambos casos, el tercero se encuentra obligado a poner en conocimiento del Ejecutor la retención o la imposibilidad de ésta en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de notificada. (*)

(*) Texto modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"d) En forma de retención, en cuyo caso recae sobre los bienes, valores y fondos en cuentas corrientes, depósitos, custodia y otros, así como sobre los derechos de crédito de los cuales el Obligado sea titular, que se encuentren en poder de terceros.

La medida podrá ejecutarse mediante la notificación de la misma al tercero, en el domicilio registrado como contribuyente ante la SUNAT. En ambos casos, el tercero tiene un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde la notificación, para poner en conocimiento del Ejecutor la retención o la imposibilidad de ésta.

En cualquiera de los supuestos señalados en los literales a), b) y d), el interventor, el depositario o el retenedor, según sea el caso, pondrá en conocimiento del obligado la existencia del embargo inmediatamente después de efectuada la retención, depósito o intervención; así como en los casos en que se produzca la eventual entrega de los fondos retenidos y/o recaudados."

"Artículo 33-A.- Acreditación del Ejecutor Coactivo

Sólo los Ejecutores coactivos debidamente acreditados ante las entidades del sistema financiero y bancario, la Policía Nacional del Perú, las diferentes oficinas registrales del territorio nacional y ante el Banco de la Nación, podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento. Dicha acreditación deberá contener, cuando menos, el nombre de la persona, el número del documento de identificación personal, el domicilio personal, el número de inscripción correspondiente a su colegiatura, el número y fecha de la resolución que lo designa, el registro de firmas y sellos correspondiente, la dirección de la oficina en donde funciona la Ejecutoría coactiva de la Entidad. La acreditación del Ejecutor coactivo deberá ser suscrita por el titular de la Entidad correspondiente.

Los terceros exigirán, bajo responsabilidad, la acreditación antes referida, quedando dispensados de ejecutar las medidas cautelares que sean dictadas en caso de que la misma no sea cumplida y/o no se encuentre conforme a lo establecido en la presente Ley." (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

"Artículo 33-B.- Entrega de fondos retenidos o recaudados mediante embargo

33-B.1 Para ordenar la entrega de fondos retenidos o recaudados, o para llevar a cabo la ejecución forzosa mediante remate o cualquier otra modalidad, el ejecutor notificará previamente al obligado con la Resolución que pone en su conocimiento el inicio de la ejecución forzosa. Igualmente se notificará al obligado mediante Resolución, la conversión del embargo preventivo en definitivo o la orden de trabar uno de tal naturaleza, precisando la modalidad del mismo.

33-B.2 Si la medida cautelar dictada es de intervención en recaudación, el tercero interventor deberá consignar directamente los fondos recaudados en un depósito administrativo a nombre de la Entidad en el Banco de la Nación. Los fondos que se depositen en dicha cuenta quedarán retenidos y sólo podrán ser entregados después de culminado el Procedimiento y, de ser el caso, después de que la Sala competente se haya pronunciado sobre la legalidad del embargo resolviendo el recurso de revisión judicial a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley, cuando éste hubiera sido interpuesto.” (*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

Artículo 34.- Obligación y responsabilidad del tercero.

Para efectos de determinar la obligación y responsabilidad del tercero se aplicará lo dispuesto en el Artículo 18 de la presente ley, mediante la emisión de la Resolución de Determinación correspondiente.

Artículo 35.- Descerraje.

Para efectos de la aplicación de la medida del descerraje, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 19 de la presente ley.

Artículo 36.- Tercería de Propiedad.

Para el trámite de la tercería de propiedad, se seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 20 de la presente ley, excepto en lo referente al agotamiento de la vía administrativa, el que sólo se producirá con la resolución emitida por el Tribunal Fiscal, ante la apelación interpuesta por el tercerista dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución emitida por el Ejecutor. Las partes pueden contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial.

Artículo 37.- Tasación y Remate.

La tasación y remate de los bienes embargados, se efectuará de acuerdo a lo establecido en el Artículo 21 de la presente ley.

Artículo 38.- Recurso de queja.

38.1. El Obligado podrá interponer recurso de queja ante el Tribunal Fiscal contra las actuaciones o procedimientos del Ejecutor o Auxiliar que lo afecten directamente e infrinjan lo establecido en el presente capítulo.

38.2. El Tribunal Fiscal resolverá dentro de los veinte (20) días hábiles de presentado el recurso, pudiendo ordenar la suspensión del Procedimiento o la suspensión de una o más medidas cautelares. (*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004, cuyo texto es el siguiente:

"38.2 El Tribunal Fiscal resolverá dentro de los veinte (20) días hábiles de presentado el recurso. Si de los hechos expuestos en el recurso de queja se acreditara la verosimilitud de la actuación o procedimiento denunciado y el peligro en la demora en la resolución de queja, y siempre que lo solicite el obligado, el Tribunal Fiscal podrá ordenar la suspensión temporal del

procedimiento de ejecución coactiva o de la medida cautelar dictada, en el término de tres (3) días hábiles y sin necesidad de correr traslado de la solicitud a la entidad ejecutante ni al Ejecutor coactivo.”

Artículo 39.- Responsabilidad.

La responsabilidad del Ejecutor, del Auxiliar y de la Entidad se determinará de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 22 de la presente ley.

Artículo 40.- Revisión judicial del Procedimiento

La revisión judicial del Procedimiento se regirá de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 23 de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS

Primera.- Arancel de costas procesales.

Cada Gobierno Local aprobará mediante Ordenanza el Arancel de Gastos y Costas Procesales de los Procedimientos, el cual tendrá como tope máximo el que establezca el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial.

El Poder Ejecutivo aprobará el arancel de Gastos y Costas Procesales de los Procedimientos Coactivos, regulados por esta ley, salvo el de los gobiernos locales, en un plazo de treinta (30) días contados a partir de su vigencia.(*)

(*) Disposición modificada por el Artículo 2 de la Ley N° 28892, publicada 15 octubre 2006, cuyo texto es el siguiente:

"PRIMERA.- Arancel de costas procesales

El Ministerio de Economía y Finanzas deberá, mediante decreto supremo, aprobar en un plazo no mayor de sesenta (60) días, los topes máximos de aranceles de gastos y costas procesales

de los procedimientos coactivos, que serán de obligatoria aplicación del Gobierno Nacional y de los gobiernos regionales y locales."

Segunda.- Otorgamiento de garantías.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas en un plazo de 60 días, se fijará las condiciones para el otorgamiento de garantías a que se refiere los Artículos 13 y 28 de la presente ley.

Tercera.- Convenios.

Facúltese a las entidades de la Administración Pública para celebrar convenios con el Banco de la Nación o con otras entidades públicas de carácter administrativo a fin de que éstas se encarguen de la tramitación de los procedimientos coactivos. (1)(2)

(1) Disposición derogada por el Artículo 3 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

(2) De conformidad con el Artículo 3 de la Ley N° 28892, publicada el 15 octubre 2006, se restituye la presente Disposición Complementaria y Transitoria, según el siguiente texto:

"TERCERA.- Encargos de gestión

Facúltase a las entidades de la Administración Pública para celebrar convenios de encargos de gestión con el Banco de la Nación, así como con el órgano administrador de tributos de la municipalidad provincial de la jurisdicción donde se encuentre la entidad respectiva, a fin de encargarles la tramitación de procedimientos de ejecución coactiva, dentro del marco de lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General."(*)

(*) De conformidad con el inciso e) del Artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 1014, publicado el 16 mayo 2008, para efectos de la recaudación de acreencias en el marco de acciones de ejecución coactiva, no se podrán realizar convenios de colaboración entre municipalidades provinciales y distritales de cualquier punto del país sin contar con la formalidad del exhorto correspondiente. Para tal efecto déjase en suspenso la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la presente Ley, cuya vigencia fue reestablecida por el Artículo 3 de la Ley Nº 28892.

Cuarta.- Apoyo de autoridades policiales o administrativas.

Para facilitar la cobranza coactiva, las autoridades policiales o administrativas sin costo alguno, prestarán su apoyo inmediato, bajo sanción de destitución.

Quinta.- Suspensión del procedimiento coactivo.

En el procedimiento coactivo de los órganos de la Administración Tributaria distintos a los Gobiernos Locales, el Ejecutor procederá a la suspensión del procedimiento cuando dentro de un proceso de acción de amparo exista medida cautelar firme.(*)

(*) Confrontar con la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 816, publicado el 21 abril 96.

(*) Confrontar con la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 981, publicado el 15 marzo 2007.

Sexta.- Notificación.

La notificación de los actos administrativos de las entidades de la Administración Pública Nacional, a que se refiere los Capítulos II y III de la presente ley, se realizará:

a) Por notificación personal con acuse de recibo en el domicilio del Obligado o por correo certificado;

b) Mediante la publicación, por dos veces consecutivas, en el Diario Oficial y en el diario de la localidad encargado de los avisos judiciales o, en su defecto, en uno de mayor circulación en dicha localidad, cuando el domicilio del Obligado fuera desconocido;

c) Por carteles, cuando no fuera posible efectuar la notificación de acuerdo a lo señalado en los incisos anteriores. (1)(2)

(1) Esta disposición será derogada por el numeral 4 de la Sexta Disposición Complementaria y Final de la Ley Nº 27444, publicada el 11-04-2001, la misma que entrará en vigencia a los seis meses de publicación, de conformidad con el Numeral 1 de la Cuarta Disposición Complementaria y Final.

(2) Disposición derogada por el Artículo 3 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

Sétima.- Adecuación a la Ley.

Las Entidades comprendidas por esta ley, que a la fecha tengan vigentes reglamentos internos para el trámite o ejecución de Procedimientos Coactivos, deberán adecuar las citadas normas a las disposiciones de esta ley en un plazo que no excederá de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley.

Asimismo, procederán a convocar a concurso público de méritos para designar a Ejecutores y Auxiliares. En consecuencia, al término de plazo prescrito en el párrafo anterior, quedará sin efecto la designación de quienes en la actualidad ejerzan dichos cargos. Estos últimos no están impedidos de presentarse al concurso, siempre y cuando reúnan los requisitos de ley.

Se exceptúa de la obligación prevista en el párrafo anterior a las Entidades de la Administración Pública que hayan designado a sus Ejecutores y Auxiliares mediante concurso, siempre y cuando los designados reúnan los requisitos prescritos en los Artículos 4 y 6 de esta ley.(*)

(*) De conformidad con el Artículo 1 del Decreto Supremo Nº 110-98-EF, publicado el 30-11-98, precísase que el plazo de 60 días establecido en esta Disposición, para la adecuación a la norma de los reglamentos internos para trámite o ejecución de Procedimientos Coactivos, así como para la designación de Ejecutores y Auxiliares Coactivos, mediante concurso público de méritos, vence el 18 de diciembre de 1998. Asimismo, no es de aplicación para aquellas entidades cuyo personal, incluyendo Ejecutores y Auxiliares, ingresa mediante Concurso Público bajo cumplimiento de requisitos inherentres al cargo y mantienen un procedimiento de selección y evaluación permanente del mismo, de conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo antes señalado.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Normas derogadas

Derógase el Decreto Ley Nº 17355, normas modificatorias y demás disposiciones que se opongan a la presente ley.

Segunda.- Aplicación supletoria de otras normas

En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones contenidas en el Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y en el Código Procesal Civil, en lo que resulte pertinente. (*)

(*) Disposición derogada por el Artículo 3 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

Tercera.- Procedimientos en trámite

Los Procedimientos que se encuentren en trámite a partir de la vigencia de la presente ley se adecuarán, bajo responsabilidad del Ejecutor como de la Entidad, a las disposiciones que prevé esta ley.(*)

(*) Disposición derogada por el Artículo 3 de la Ley N° 28165, publicada el 10-01-2004.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los cuatro días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

VICTOR JOY WAY ROJAS

Presidente del Congreso de la República

RICARDO MARCENARO FRERS

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

JORGE BACA CAMPODONICO

Ministro de Economía y Finanzas

ALFREDO QUISPE CORREA

Ministro de Justicia

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 1559-2015

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Primera Sala Comercial Permanente. Exp. N° 1559-2015. Miraflores, 16 de agosto del 2017.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA COMERCIAL
CRONICAS JUDICIALES
Resolución Número : P-431
Fecha : 22-8-17

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA COMERCIAL PERMANENTE

EXPEDIENTE : 1559-2015
DEMANDANTE : SERVICIOS COBRANZAS E INVERSIONES SAC
DEMANDADO : DANTE AUGUSTO JUAN ARANDA IPINCE Y OTROS
MATERIA : TERCERÍA
APELACIÓN : IMPROCEDENCIA DEMANDA

SS. DÍAZ VALLEJOS
VILCHEZ DÁVILA
RIVERA GAMBOA

RESOLUCIÓN NÚMERO: 07
Miraflores, 16 de agosto de 2017.-

AUTOS Y VISTOS: Con el voto del Señor Juez Superior Vilchez Dávila; y,

ATENDIENDO que:

I. ASUNTO:

Viene en grado el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandante "Servicios, Cobranzas e Inversiones S.A.C.", mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2016, obrante de fojas 235 a 251, contra la Resolución N° 10 de fecha 31 de octubre de 2016, corriente de fojas 218 a 221, que declaró improcedente la demanda por contener un petitorio jurídicamente imposible.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION:

La empresa demandante "Servicios, Cobranzas e Inversiones S.A.C." señala como fundamentos de su apelación los argumentos que a continuación se indican:

2.1. La Ley de Ejecución Coactiva solamente permite la tercería de propiedad dentro de un proceso coactivo, por lo que la tercería preferente de pago en sede judicial es el único mecanismo para tutelar el derecho del acreedor preferente.

2.2. El A quo ha vulnerado su derecho a la debida motivación pues no realiza razonamiento alguno sobre los requisitos de admisibilidad y procedente de la demanda.

2.3. El A quo hace una interpretación inconstitucional del artículo 533° del Código Procesal Civil que establece que la tercería se entiende con el demandante y el demandado, pues el hecho que la SUNAT (entidad ejecutora) y Dante Aranda Ipince (deudor ejecutado) no sean demandante – demandado, no restringe la procedencia de la tercería y menos aún la convierte en un imposible jurídico.

III. ANALISIS DEL CASO:

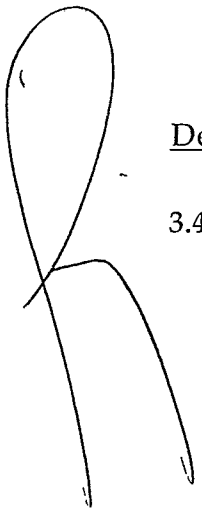
De los Límites de la Absolución del Grado

3.1. De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. La apelación como recurso ordinario para impugnar autos y sentencias está regida por Principios específicos que orientan su actuación entre los cuales destacan: el *"Tantum devolutum quantum apellatum"*, y el de la prohibición de la *"reformatio in peius"*. El primero, estrechamente ligado a los Principios dispositivo y de congruencia procesal, significa que el órgano revisor (*Ad quem*) al resolver la apelación deberá pronunciarse sólo sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso. El segundo, es uno de los principios característicos del recurso de apelación, implicando el impedimento del órgano revisor de modificar la resolución impugnada empeorando la situación del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte (*el apelado*).

De la tercería preferente de pago

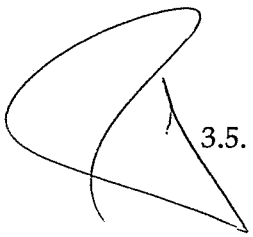
3.2. La tercería preferente de pago es una forma de intervención de un tercero en un proceso judicial del cual no es parte, con la finalidad que se reconozca el derecho del tercerista en oposición de los litigantes (sujetos activo y pasivo de la relación jurídico procesal), para reclamar el pago preferente de una acreencia, con el producto obtenido del remate de los bienes de su deudor afectados por una medida cautelar o para ejecución a favor de otro acreedor.

3.3. En ese sentido, el artículo 100° y 533° del Código Procesal Civil establece que: i) pueden intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada; ii) que dicha pretensión de derecho preferente debe tramitarse de acuerdo a lo dispuesto para el trámite de los procesos de tercería; y iii) que la tercería debe entenderse con el demandante y demandado del proceso donde se afectaron los bienes con medida cautelar o para la ejecución.

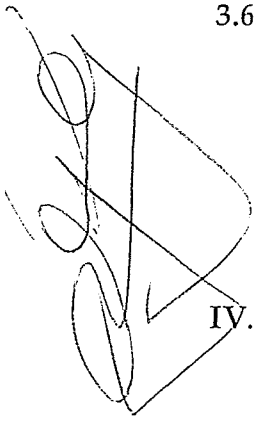


Del caso concreto

3.4. Se advierte del petitorio, fundamentos y recaudos de la demanda, que el recurrente pretende se reconozca en sede judicial su derecho preferente de pago, en mérito de la Escritura Pública de Muto con Garantía Hipotecaria de fecha 4 de agosto de 1998, otorgado por Dante Augusto Juan Aranda Ipince y Margarita María Arrascue Sovero y Pediatras E.I.R.L. a favor del Banco Sudameris, frente a la deuda tributaria contraída por Dante Augusto Juan Aranda Ipince a favor de la SUNAT, que ha sido materia de cobranza coactiva ante el Ejecutor Coactvo Oswaldo Wilfredo Hanke Robles (expediente 0230060486424), y, en consecuencia, se ordene al ejecutor coactivo se le entregue el producto del remate que se hubiere ordenado en sede administrativa vía cobranza coactiva.



3.5. En ese sentido, se advierte que la pretensión planteada por el recurrente no se enmarca dentro de los supuestos previstos por el artículo 533° del Código Procesal Civil para la intervención de un tercero en un proceso judicial reclamando el pago preferente de una acreencia con el producto del remate de los bienes de su deudor afectados, en sede judicial, por una medida cautelar o para ejecución a favor de otro acreedor.



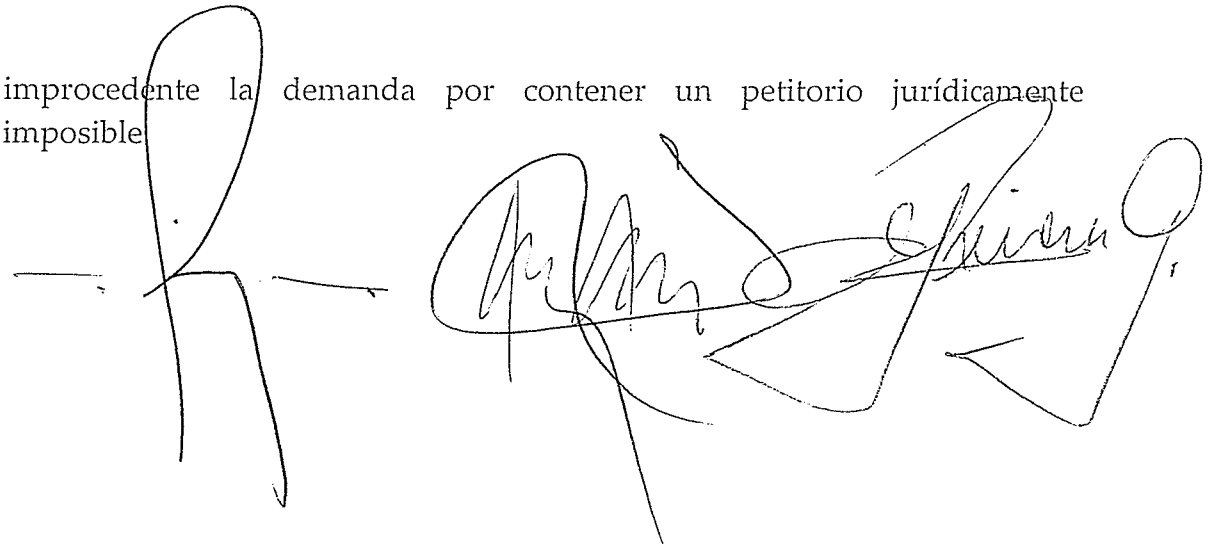
3.6. En consecuencia, la pretensión del recurrente deviene en improcedente por contener un petitorio jurídicamente imposible, dado que en el proceso de tercería no corresponde dilucidarse la preferencia de un crédito respecto de un crédito tributario que viene siendo materia de cobranza coactiva en sede administrativa; razones por las cuales deberá confirmarse la apelada, sin perjuicio que el recurrente haga valer su derecho en la vía correspondiente.

IV. DECISION:

Por cuyas consideraciones **CONFIRMARON** la Resolución N° 10 de fecha 31 de octubre de 2016, corriente de fojas 218 a 221, que declaró

improcedente la demanda por contener un petitorio jurídicamente imposible

RVD/



LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR ECHEVARRÍA GAVIRIA SON COMO SIGUEN:----------

PRIMERO: Es materia de grado la resolución signada con el número 10, su fecha 31 de octubre de 2016, obrante de fojas 218 a 221, en cuanto declara improcedente la demanda de tercería.

SEGUNDO: La citada declaración de improcedencia se sustenta en el inciso 5° del artículo 427 del Código Procesal Civil, esto es, que una demanda resulta improcedente cuando contenga un petitorio[1] jurídicamente imposible[2]. Sin embargo, el petitorio demandado es de tercería preferente de pago, el cual no resulta jurídicamente imposible pues tiene acogida expresa en el artículo 533 del Código Procesal Civil. Siendo ello así, en el presente caso, no resulta aplicable el inciso 5) del artículo 427 del Código Procesal Civil.

TERCERO: De la lectura de la resolución apelada se puede advertir que dicha improcedencia tiene más bien como fundamento central implícito la incompetencia del órgano jurisdiccional civil-comercial de conocer

[1] Entiéndase mejor pretensión.

[2] Petitorio jurídicamente imposible se presenta cuando el propio ordenamiento jurídico es el que lo extrae de la posibilidad de ser exigido judicialmente. Ejemplo de ello son las deudas provenientes del juego o apuestas no autorizadas, según el artículo 1943 del Código Civil. "Comentarios al Código Procesal Civil". Marianella Ledesma Narváez. Gaceta Jurídica. 2015. Pág.341.

pretensiones de tercería preferente de pago respecto de medidas cautelares trabadas en un procedimiento coactivo (procedimiento administrativo), debido a que, según el Juez: "*(...) el bien inmueble no ha sido materia de una afectación judicial, por lo que en consideración a que la parte demandada no tiene la categoría de demandante y demandado en el proceso de ejecución coactiva, y que asimismo el embargo que se cuestiona no emerge de un proceso judicial se debe declarar la improcedencia de la demanda (...)*".

CUARTO: El artículo 20 del Decreto Supremo Número 018-2008, que aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley Número N° 26979 (Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva), regula expresamente la procedencia de la tercería de propiedad al interior de un procedimiento de ejecución coactiva; siendo que el inciso 3) del precitado dispositivo legal prevé: "*En todo lo no previsto por este artículo serán de aplicación las normas pertinentes, respecto al trámite de tercería, contenidas en el Código Procesal Civil.*". Es decir, no existe regulación expresa en torno a la tercería preferente de pago en el procedimiento de ejecución coactiva. Por su parte, el citado Código Procesal Civil, en su artículo 533 -y siguientes- regula explícitamente la tercería de propiedad y la tercería preferente de pago.

QUINTO: Realizando una interpretación conjunta de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva [que regula únicamente la tercería de propiedad y no la de preferente de pago y prevé una norma remisiva al Código Procesal Civil tratándose de tercerías] y del Código Procesal Civil en torno a la tercería [que prevé expresamente tanto a la tercería de propiedad como a la de preferente de pago], así como en virtud del derecho a la tutela jurisdiccional [prevista en el artículo 139, inciso 3[3], de

[3] Texto: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional."

nuestra Constitución, plasmada a nivel legal en el artículo I[4] del Título Preliminar del Código Procesal Civil], corresponde al Juez Civil-Comercial[5] conocer de la pretensión de tercería preferente de pago (vinculadas a materias comerciales), debido a que, al existir un vació normativo, corresponde hacer una interpretación tuitiva de las normas involucradas conforme a la Constitución, a fin de no desproteger el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales por parte de los justiciables, sin que ello implique un pronunciamiento de fondo con relación al derecho reclamado, lo contrario implicaría afectar gravemente el derecho a tutela jurisdiccional (judicial efectiva[6]: derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales), pues, como en el presente caso, al transitar el demandante ante el procedimiento coactivo administrativo, según folios 76, se le deniega acceso a la tutela administrativa argumentando que el Ejecutor Coactivo no es competente para resolver intervenciones o tercerías preferentes de pago[7]. Por tanto, la competencia civil-comercial está habilitada para conocer pretensiones de tercería preferente de pago relacionados a medidas cautelares trabadas en un procedimiento coactivo[8].

---

[4] **Texto:** "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso."

[5] **Por Resolución Administrativa Número 006-2004-SP-CS**, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 02 de octubre de 2004, se establece la competencia (por materia) de la Subespecialidad Comercial dentro de la especialidad Civil, comprendiendo las pretensiones de tercerías vinculadas a materias comerciales reguladas por la acotada Resolución Administrativa.

[6] **STC Número 763-2005-PA/TC:** "Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio."

[7] Cuyo sustento normativo es el último párrafo del numeral 3) del artículo 23 de la Resolución de Superintendencia Número 216-2004/SUNAT.

[8] Si bien en la Casación número 3202-2006, del 14 de mayo de 2007, se indica que en el procedimiento coactivo debe dársele a la tercería preferente de pago el mismo tratamiento que se le da a la tercería de propiedad, lo cierto es también que, no siendo vinculante la acotada Casación el Tribunal Fiscal,

SEXTO: Finalmente, por otro lado, en el expediente 6062-2016, si bien es cierto que, la suscrita votó por la confirmación del auto que declaró improcedente la demanda de tercería preferente de pago vinculado a una medida cautelar trabada en un procedimiento coactivo, no es menos cierto que, en dicho proceso: **i)** el argumento principal para rechazar dicha demanda fue que el actor no cumplió con el mandado contenido en la resolución número 01 del 12 de agosto de 2016, como es acreditar documentalmente el pago ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria ordenado en el procedimiento coactivo; en consecuencia, el rechazo es una consecuencia de dicho incumplimiento; y, **ii)** el demandante en ese proceso no acreditó haber transitado ante el procedimiento coactivo administrativo.

SÉPTIMO: En todo caso, por los fundamentos expresados en los considerandos del primero a quinto de la presente resolución (deber de motivación) y al amparo de lo regulado en el artículo 22[9] de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procedo a variar mi criterio respecto de las demandas de tercerías incoadas contra embargos trabados en un procedimiento coactivo.

OCTAVO: En consecuencia, la resolución apelada, en el extremo pertinente, incurre en nulidad puesto que no se sujeta al mérito de lo actuado ni al derecho, sancionada en el inciso 3) del artículo 122 del

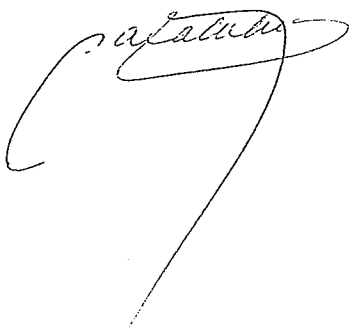
---

sostenidamente en el tiempo con posterioridad a ella, ha venido negando la procedencia de la tercería preferente de pago en el procedimiento coactivo.

[9] "En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.".

Código Procesal; por lo que a tenor de los artículos 50 (inciso 6), 177, 355 y 364 del citado Código:

Mi voto es porque se DECLARE NULA LA RESOLUCIÓN APELADA signada con el número 10, su fecha 31 de octubre de 2016, obrante de fojas 218 a 221, en el extremo que declara improcedente la demanda de tercería; consecuentemente, **SE MANDE** que el Juez de la causa **RENUEVE** el acto procesal viciado teniendo en cuenta lo señalado precedentemente. En los seguidos por **SERVICIOS COBRANZAS E INVERSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA** con **DANTE AUGUSTO JUAN ARANDA IPINCE** y otro sobre **TERCERÍA PREFENTE DE PAGO.** Notifíquese y devuélvase conforme a ley.-



Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 1764-2012-0

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Segunda Sala Civil con sub especialidad Comercial. Exp. N° 1764-2012-0. Miraflores, 18 de Agosto del 2016.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
Resolución N° 279-2016
Fecha: 22-08-2016

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE N° 2764-2012-0

Demandante	:	RICHARD MARTIN ABUSADA MASSA
Demandados	:	TEXTILES SAN JOSE S.A. EN LIQUIDACION Y SUNAT
Materia	:	TERCERIA

CAUSA RESUELTA EN DISCORDIA CON LA PONENCIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR RIVERA GAMBOA, CON LA ADHESIÓN DE LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES DIAZ VALLEJOS Y MARTEL CHANG, ES COMO SIGUE:

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

Miraflores, 18 de agosto
del dos mil dieciséis.-

VISTOS:

Es materia de grado la apelación interpuesta por la codemandada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA - SUNAT (en adelante SUNAT) contra la Sentencia contenida en **la Resolución N° 32** de fecha 19 de mayo del año 2015, obrante de folios 331 a 338, que declara fundada la demanda, con lo demás que contiene; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Estando a los argumentos de apelación, debe tenerse presente la naturaleza del proceso de tercería preferente de pago, según ha sido precisado por la jurisprudencia, en el sentido que *"con la demanda de tercería preferente de pago el tercerista pretensiona se cancele en primer orden su crédito con el precio del bien afecto con gravamen, por considerar tener prioridad frente a otro acreedor que también quiere hacerse cobro con él y que efectivamente lo venía intentando en un proceso judicial"*. (Cas. No. 876-2001-Ayacucho. El Peruano 05-11-2001)

SEGUNDO: Es así que conforme al artículo 534 del Código Procesal Civil, el Juez competente para conocer el proceso de tercería, es el Juez del proceso en el que se interviene. Así, por ejemplo, cuanto un tercero C acreedor de B que se considera con derecho de cobro preferente respecto de A, interviene en el proceso seguido por A contra B, demandando la tercería ante el Juzgado en el que gira dicho proceso de A contra B.

TERCERO: Sin embargo, se aprecia de autos que en el presente caso el tercerista afirma que en el proceso judicial Nro. 7140-2006 seguido en el 1° Juzgado Comercial de Lima, se tramita la ejecución de la hipoteca constituida en garantía de su crédito (en calidad de cesionario del ejecutante), hipoteca que recae sobre un inmueble que posteriormente ha sido afectado con un embargo decretado en sede administrativa, en un procedimiento de cobranza coactiva llevado adelante por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, contra quien dirige precisamente su pretensión de pago preferente.

CUARTO: Por tanto, en el presente caso no se plantea la tercería contra una acción judicial de cobro, esto es, para hacer valer la preferencia de pago frente a un acreedor que tenga cautelado su crédito con embargo judicial sobre bienes del deudor común, sino que por el contrario, es el acreedor judicial quien se presenta ante el mismo Juez que conoce de la ejecución del que deriva su crédito, para hacer valer su aducida preferencia frente a un acreedor tributario que tiene embargados los bienes del deudor común en virtud de embargo trabado en un procedimiento de cobranza coactiva. De esto se colige, por un lado, que el tercerista se presenta como tal ante el Juez que conoce de la ejecución instaurada por él mismo, por lo que en puridad no es un tercero a dicha ejecución, y de otro lado, se pretende la tercería contra un procedimiento coactivo y no contra un proceso judicial, por lo que ciertamente no se configura la *fattispecie* de la tercería preferente de pago.

QUINTO: En ese orden de ideas, tratándose de una pretensión y un proceso típicos, es decir, tasados y configurados por la ley, al no concurrir en el caso concreto los elementos relativos al supuesto fáctico, competencia judicial y vía procesal previstos expresamente, la demanda de autos deviene

manifiestamente improcedente a la luz del artículo 128 del Código Procesal Civil, lo que no puede ser sustituido por la creación pretoriana del proceso para el caso ad hoc.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Colegiado Resuelve: **REVOCAR** la apelada y REFORMÁNDOLA, se declara **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta, sin costas ni costos.

DIAZ VALLEJOS **MARTEL CHANG**

RIVERA GAMBOA

VOTO EN MINORIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES ROSSELL MERCADO Y GAMERO VILDOSO, ES COMO SIGUE:

VISTOS:

ASUNTO:

Es materia de grado la apelación interpuesta por la codemandada SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA -SUNAT (en adelante SUNAT) contra la Sentencia contenida en **la Resolución N° 32** de fecha 19 de mayo del año 2015, obrante de folios 331 a 338, que declara fundada la demanda, con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el **Sr. Rossell Mercado**.

FUNDAMENTOS:

Primero.- El recurrente invoca como sustento de su pretensión impugnativa contenida en el escrito de fojas 358 a 362 en síntesis el siguiente argumento: Que se ha afectado su derecho al debido proceso al contravenir normas de carácter imperativo como lo dispuesto por el artículo 533° del Código Procesal Civil, toda vez que este artículo señala que la demanda debe entenderse con el demandante y el demandado, sin embargo en el caso de autos la SUNAT y TEXTILES SAN JOSE S.A. en Liquidación, no son parte de proceso judicial alguno, sino que se encuentran vinculados dentro de un procedimiento

administrativo, por lo que el demandante ha pretendido aplicar indebidamente la norma citada, así mismo refuerza su argumento añadiendo que la tercería sólo puede fundarse respecto de bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución y se observa que en un procedimiento administrativo, como el procedimiento de cobranza coactiva, las partes son la Administración y el administrado y no demandante y demandado siendo a su vez que respecto al bien a rematar no existe afectación judicial alguna, sino un embargo emitido dentro del procedimiento coactivo, por lo tanto no se adecúa a los supuestos de hecho, que la norma procesal exige para la procedencia de la tercería preferente de pago.

Segundo.- La presente demanda de tercería de derecho preferente de pago, subsanada a fojas 58 y 66, fue interpuesta por Richard Martin Abusada Massa contra la SUNAT y Textiles San José S.A. en Liquidación, a fin que el Juzgado declare la preferencia de su crédito respecto del crédito que mantiene la SUNAT frente al obligado y ejecutado Textiles San José S.A. el mismo que diera origen al Procedimiento de Ejecución Coactivo N° 0210060050749, para que, con el producto de la venta y consecuente remate del inmueble –Departamento Altos N° 202, tipo Dúplex ubicado en la Calle San Luis N° 231, Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la Partida Electrónica N° 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, se ordene pagar a su favor la suma de US$ 117,482.68 dólares americanos, más los intereses que se liquidarán en el expediente N° 7140-2006-0, con costas y costos de este proceso.

Señala que La Empresa Inmobiliaria Abusada SA. Absorbida por Textiles San José S.A. en Liquidación mantenía obligaciones de pago frente al Banco Nuevo Mundo en Liquidación, (en adelante el BANCO) y a fin de garantizar dichas obligaciones otorgó primera y preferencial Hipoteca a favor del BANCO, hasta por la suma de US$ 160,000.00 dólares americanos quedando gravado el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 44650177, Asiento D-3, de la ficha N° 367498, en el año 1996, ante el incumplimiento de pago interpuso una demanda de ejecución de garantía ante el Primer Juzgado Comercial, Expediente N°7140-2006, en el año 2007 el demandante celebró con el BANCO un contrato de cesión, sobre la titularidad de las acciones y derechos de los créditos que Textiles San José S.A. mantenía con el Banco, incluido el rango preferencial, quedando el recurrente como único titular y sucesor procesal del BANCO en el Expediente N°7140-2006.

Sin embargo, la SUNAT, inició el Procedimiento de Ejecución Coactivo N° 0210060050749, contra Textiles San José S.A. y trabó la medida cautelar de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de S/. 500,000.00 nuevos soles, sobre el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 44650177, quedando inscrita el 20 de enero del 2012, con el objeto de llevar adelante un próximo remate en la vía administrativa y con el producto de ello cobrar sus

acreencias, obviando la prelación existente, amparado en lo dispuesto en el artículo 6° del TUO del Código Tributario y además al hacerse de conocimiento de la SUNAT la existencia de una garantía hipotecaria, responde que no tiene competencia para conocer solicitudes de tercería preferentes de pago y cualquier pretensión de tal naturaleza debe ser planteada en la vía judicial, por lo que se ve en la necesidad de interponer la presente demanda de tercería, que es admitida mediante resolución N° 04 que ordena además la suspensión del pago de la acreencia a SUNAT.

Tercero.- La SUNAT afirma en su escrito de contestación de demanda haberse apersonado al proceso de ejecución de garantías como tercero no ejecutante, señalando que en el presente **proceso de tercería** no puede asumir la calidad de demandada, por cuanto el TUO del Código Tributario, no contempla esta figura –sino solo la tercería de propiedad– que la cobranza coactiva de la Administración Tributaria se rige únicamente por lo señalado en el Código Tributario y su Reglamento de Cobranza Coactiva, el Libro Tercero, Título II del T.U.O. del Código Tributario, la Norma IX del Título Preliminar y el artículo 114° del mismo Código, además señala que la prelación de pago se establecerá en el proceso sobre ejecución de garantías Expediente N° 7140-2006, en su oportunidad conforme a la prelación de pagos, por lo que resulta innecesario y jurídicamente imposible este proceso judicial.

Manifiesta además que de conformidad con las órdenes de pago que tiene el deudor tributario por los tributos que adeuda al fisco, que por su naturaleza y prelación estos se pueden convertir en primer rango, los que contiene los Códigos 052100 corresponde al Tributo de contribuciones a ESSALUD, así como al sistema pensionario ONP, Código 030301, corresponde a los Impuestos de renta de 3°, 4° y 5° categoría retenidos y no pagados al Fisco, Código 052303 corresponde al impuesto Especial de Solidaridad, no pagados por Textiles San José S.A. conforme a la relación de Estados de adeudos de fecha 09 de noviembre de 2012, por lo que la deuda tributaria tiene primer orden.

Cuarto.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, contesta la demanda, en su escrito de fojas 96 a 99, sin cuestionar los fundamentos de la demanda, solicitando que al momento de pago se tenga en cuenta la prelación que establece la norma observando los títulos inscritos.

Quinto.- Antes de resolver lo que es materia de apelación es menester señalar que:

5.1 El presente proceso deriva del Expediente Principal sobre Ejecución de Garantías N° 7140-2006, que se tramita ante el Primer Juzgado Comercial de Lima, dicho proceso fue incoado por el Banco Nuevo Mundo en Liquidación, contra Inmobiliaria Abusada S.A. y Textiles San José S.A. requiriendo el pago de la suma adeudada, bajo apercibimiento de sacar a remate los 02 bienes

inmuebles inscritos en las Partidas Electrónicas N° **44650177** y N° *41140410*, otorgados en garantía conforme al Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria de fecha 29 de marzo de 1996, ordenando el Juzgado el pago de US$ 117,482.68 dólares, encontrándose en etapa de ejecución.

5.2 Mediante escrito de fecha 03 de enero del 2008 –cuyas copias simples obran en autos de folios 11 a 14– el demandante Banco Nuevo Mundo en Liquidación pone en conocimiento del Juzgado que ha cedido a favor de Richard Martín Abusada Massa, la totalidad de sus derechos y acciones que le corresponden como titular de las obligaciones a cargo de su deudor Inmobiliaria Abusada S.A. más adelante absorbida por la empresa Textiles San José S.A. y en consecuencia cede la titularidad activa del proceso de ejecución de garantía hipotecaria. Expresamente la cláusula tercera del Contrato de Cesión señala:

> **Tercero: Objeto de la Cesión.**
>
> Por el presente contrato el Banco cede a favor de El cesionario la totalidad de sus derechos y acciones que le corresponden como titular de las obligaciones a cargo de El Deudor descritas en la clausula anterior y en consecuencia se cede a El Cesionario la titularidad del derecho de ejecución de garantía hipotecaria seguida contra el deudor, además del derecho de cobro de las obligaciones materia de cobranza judicial, la cesión incluye las dos garantías hipotecarias descritas en el numeral 1.2 de la clausula primera, así como su rango preferencial, cesión que deberá ser inscrita a favor del cesionario en su calidad de nuevo acreedor en las partidas N° 44660177 y 41140410 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Lima.
>
> **Cuarto: Caracteres de la Cesión.**
>
> [...]
>
> **4.2.** Las partes dejan expresa constancia de que la cesión de la titularidad sobre los derechos y acciones materia de este contrato incluye la facultad de el cesionario de cobrar a El deudor el íntegro del capital adeudado, así como los intereses y gastos correspondientes detallados en la clausula segunda.
>
> **4.3.** Queda entendido que como consecuencia de la presente cesión, El cesionario queda facultado para el ejercicio de todas las acciones judiciales y extrajudiciales previstas por el ordenamiento jurídico peruano a efectos de cobrar a El Deudor el integro del capital adeudado, así como los intereses y gastos correspondientes.
>
> (...)

Es así que mediante resolución 18 de fecha **28 de enero de 2008**, expedida en el expediente 7140-2006-0 el Juzgado tiene por sucesor procesal del Banco Nuevo Mundo en Liquidación a Richard Martín Abusada Massa, conforme se corrobora a folios 19.

5.3.- En dicho proceso mediante Resolución 19[1] de fecha **06 de octubre 2008** se expide el auto final y se declara infundada la contradicción formulada por Textiles San José S.A., ordenándose el Remate de los bienes inmuebles dados en garantía y notificadas las partes, mediante resolución 22 de fecha 19 de diciembre del mismo año se declara consentida la resolución final.

5.4.- De las copias simples de autos se aprecia que la SUNAT[2], se apersona con fecha 10 de enero 2007 al proceso de ejecución de garantías mencionado,

[1] Véase de fojas 20 a 23

[2] Véase de fojas 150 a 157

donde solicita se le incorpore y que al momento de imputar el producto del remate del Departamento N° 401 del Cuarto Piso de la Avenida Santa Cruz N° 104 del Distrito de San Isidro, inscrito en la *Partida Registral N° 41140410* del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima y Callao, se tenga presente la posición de la SUNAT como entidad acreedora sobre los bienes en base a la deuda tributaria impaga que mantiene Textiles San José S.A. con la SUNAT por la suma de S/ 8,500 nuevos soles sobre el inmueble mencionado, solicitando además se tenga en cuenta el orden de prelación que establece el artículo 6° del TUO del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF. Se expide la Resolución N° 08 de fecha 12 de enero 2007 donde se le incorpora al proceso como Acreedor No Ejecutante

5.5.- Señala que sustenta su pretensión en lo dispuesto mediante Resolución Coactiva N° 0110070042646 de fecha 23 de marzo del 2006, con la cual se ordenó trabar embargo en forma de inscripción hasta por el monto de S/. 8,500.00 nuevos soles, sobre el inmueble inscrito en la *Partida Electrónica N° 41140410* del Registro de Propiedad Inmueble.

5.6.-Debe tenerse en cuenta que el inmueble denominado Departamento de Altos N° 202 – Tipo Dúplex Calle San Luis N° 231 Distrito de Santiago de Surco, inscrito en la Partida Electrónica **N° 44650177**, del Registro de Propiedad Inmueble, también ha sido motivo de embargo por la SUNAT, hasta por la suma de S/. 500,000.00 nuevos soles, tal como se aprecia del Asiento D00002de la partida mencionada corriente de fojas 4 a 09, que se adjunta en la demanda, y de la Resolución Coactiva N° 0230071001033 de fojas 85**; es necesario precisar que por la cobranza coactiva y por el embargo de este inmueble es que se incoa la presente demanda de tercería** y no por el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° *41140410,* por el cual SUNAT se apersonó al proceso de ejecución de garantías en calidad de acreedor no ejecutante.

Sexto.- A efectos de absolver el agravio señalado por la SUNAT debe determinarse si corresponde o no, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 533° del Código Procesal Civil, toda vez que este artículo señala que la demanda debe entenderse con el demandante y el demandado, es el caso que el apelante señala que en el caso de autos los demandados, no son parte de proceso judicial alguno, sino que se encuentran vinculados dentro de un procedimiento administrativo.

Sétimo.- El Código Tributario, en su artículo 6° regula las deudas que tienen prelación sobre las deudas por tributos y en su artículo 120° –dentro del Título II - Procedimiento de Cobranza Coactiva– norma la intervención excluyente de propiedad:

> **Artículo 6.-** PRELACIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS
> Las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos

no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley N° 25897; alimentos; e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente Registro.

La Administración Tributaria podrá solicitar a los Registros la inscripción de Resoluciones de Determinación, Ordenes de Pago o Resoluciones de Multa, la misma que deberá anotarse a simple solicitud de la Administración, obteniendo así la prioridad en el tiempo de inscripción que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en el presente artículo.

Los derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento.

[Subrayado agregado]

Artículo 120.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD

El tercero que sea propietario de bienes embargados, podrá interponer Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

a) Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

b) Admitida la Intervención Excluyente de Propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y remitirá el escrito presentado por el tercero para que el ejecutado emita su pronunciamiento en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

(...)

Por su parte el Reglamento de Procedimiento de Cobranza Coactiva, Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT señala en su artículo 23° último párrafo del numeral 3, lo siguiente:

Artículo 23.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD

Por la Intervención Excluyente de Propiedad, un tercero que no es parte del Procedimiento invoca a su favor un derecho de propiedad respecto del bien embargado por la SUNAT.

(...)

3. Notificación y efectos de la interposición y admisión a trámite de la Intervención Excluyente de Propiedad.

(...)

El Ejecutor no es competente para resolver Intervenciones de Derecho Preferente o Tercerías Preferentes de Pago.

[Subrayado agregado]

Octavo.- De las normas transcritas podemos concluir lo siguiente:

8.1. La ley establece que las obligaciones garantizadas con garantías reales inscritas en el registro **tienen prelación** o **deben ser pagas preferentemente** sobre las deudas tributarias, eso significa que las primeras excluyen a las segundas y que esos derechos de prelación pueden ser invocados y declarados en cualquier momento.

8.2. Que el ejecutor coactivo de la SUNAT, en los proceso coactivos en los que la administración tributaria haya afectado bienes muebles o inmuebles que han sido otorgados en garantía mobiliaria o hipotecaria a favor de otros acreedores, no está autorizado a dar trámite a las tercerías o intervenciones preferentes de pago que interpongan ante ese procedimiento los acreedores hipotecarios o "mobiliarios".

8.3. A la acreencia del acreedor hipotecario o "mobiliario" la norma le ha conferido prelación sobre la acreencia tributaria de la SUNAT o de otro órgano estatal que sea sujeto activo de la relación jurídico tributaria, en ese sentido es evidente que el titular de este derecho de prelación debe poder hacer valer dicho derecho en alguna instancia administrativa o judicial, este derecho tiene que estar provisto de tutela, sino sencillamente no sería derecho.

8.4. Si a pesar que el crédito de determinado acreedor es preferente o tiene prelación sobre el crédito tributario de SUNAT, el bien que garantiza su crédito está siendo objeto de ejecución en un procedimiento de cobranza coactiva por parte de la mencionada institución recaudadora, evidentemente dicho acreedor preferente debe tener una vía procesal o procedimental donde accionar.

Noveno.- De los hechos descritos ampliamente en los considerandos segundo y quinto que anteceden se tiene lo siguiente:

9.1. Que Richard Martín Abusada Massa es titular de la acreencia que se está cobrando en el proceso de ejecución de garantía hipotecaria en contra de Textiles San José S.A. - Expediente N° 7140-2006-0 que se tramita ante el Primer Juzgado Comercial de Lima y que dicho derecho de crédito tiene preferencia o prelación sobre el crédito de la SUNAT que se está cobrando en el Proceso de Ejecución Coactiva N° 0210060050749 en contra de Textiles San José S.A.

9.2. Establecido el derecho de preferencia que ostenta Richard Martín Abusada Massa, tenemos que en aplicación de las normas del Código Tributario y el Reglamento de Procedimiento de Cobranza Coactiva de SUNAT, ese derecho preferente no podría hacerse valer en el procedimiento de cobranza coactiva donde se ha afectado el bien que garantiza su acreencia (Departamento de Altos N° 202 – Tipo Dúplex Calle San Luis N° 231 Distrito de Santiago de Surco, inscrito en la Partida Electrónica **N° 44650177**). Como se dijo, los ejecutores coactivos de esa entidad recaudadora de tributos no dan trámite a tercerías preferentes de pago.

9.3. En ese contexto, si el mencionado derecho de cobrar preferentemente su acreencia sobre las acreencias que pudiera tener SUNAT no puede ser ejercido u opuesto dentro del procedimiento de cobranza coactiva, es evidente que dicho derecho debe ser ejercido en otra vía diferente y ante otro organismo estatal, y esa otra manifestación del Estado ante la que se tiene que recurrir es sin lugar a hesitación el Poder Judicial, pues no se considera la existencia de un derecho sin un mecanismo procesal de tutela, que en primer lugar lo brinda el mencionado poder del Estado.

9.4. En esa línea de argumentación, podemos agregar que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por **deficiencias** de las leyes, **se presenten éstas en normas procesales o sustantivas**; en ese sentido el

artículo VIII del título Preliminar del Código Civil establece:

> **Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley**
> Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Respecto de la obligación de administrar justicia, en caso de defecto o deficiencia de la ley, Gutiérrez Camacho expresa[3]:

> "**1.** Es innegable que la ley tiene vacíos, deficiencias. Sucede que la ley no puede comprender en su formulación todos los innumerables casos posibles que la realidad presenta; y sin embargo, como lo expresa el texto del artículo VIII del Título Preliminar, no le está permitido al juez dejar de administrar justicia. Por más esfuerzos que haga el legislador a fin de contener en el supuesto de hecho general y abstracto que constituye la ley las más variadas e imprevisibles circunstancias, inevitablemente su creación será superada por la realidad....
>
> Con fundada razón se ha afirmado que en el campo teórico las dudas pueden persistir largo tiempo, pero la vida jurídica práctica no admite suspensión ni dilación. Para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser definitiva y ejecutiva. Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social (RECASENS SICHES, p. 206). La norma que impone al juez la obligación de resolver todo caso, aun cuando el sistema no ofrezca un dispositivo directamente relacionado con él, parte del dogma de la plenitud. "Si no rigiera el principio de plenitud, se abriría en el ordenamiento legal un agujero por el que ingresaría un torrente de incertidumbre y de inseguridad y, por lo tanto, se abriría la puerta a irrupciones de anarquía" (RECASENS SICHES, p. 206)...."
>
> [Subrayado agregado]

Décimo.- Habiendo concluido que el actor debe plantear su demanda ante el Poder Judicial para hacer valer su derecho preferente de cobrar su acreencia garantizada con hipoteca, es evidente que el juez competente ante quien tiene que interponer su demanda es el juez civil[4]. En ese sentido es pertinente traer a colación el carácter subsidiario de la competencia del juez civil dispuesto en el Código Procesal Civil:

> **Artículo 5.- Competencia civil.-**
> Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales.

Como se aprecia la norma transcrita es diáfana en su sentido normativo, no se hace necesario mayor análisis para interpretarla; empero no está demás transcribir lo señalado por Ledesma Narváez[5]:

> "En otras palabras, si tomamos como criterio para clasificar los órganos judiciales en el modo de atribuirles competencia, podemos distinguir entre órganos de competencia general u ordinarios y órganos de competencia especializada.
>
> El artículo en comentario se acoge al primer modelo, a la competencia de carácter general y confía al juez civil el conocimiento de todos los asuntos que surjan, de tal forma que la generalidad implica *vis atractiva* sobre los asuntos no atribuidos expresa y concretamente a otros Juzgados, de ahí que se justifique lo señalado en la norma en comentario: 'corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales'."

Décimo Primero.- Establecido el carácter subsidiario de la competencia del

[3] GUTIERREZ CAMACHO Walter, "Vacios de la Ley y Principios Generales de Derecho" en: *Código Civil Comentado*, Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima, 2003, p.77 a 79

[4] Para propósitos de esta resolución, juez civil es omnicomprensivo de Juez Especializado Civil o Juez Civil con Subespecialidad Comercial.

[5] LEDESMA Narváez, Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, 2da Edición, p. 67.

juez civil, es el caso que en nuestro ordenamiento procesal civil se ha normado un proceso específico para que una persona haga valer su derecho de cobrar preferentemente su acreencia frente a otro acreedor que desea ejecutar un bien de su deudor, es el denominado proceso de tercería, regulado en los artículos 533 a 539 del código adjetivo:

> **Artículo 533.- Fundamento**
> La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.
> Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

Este mecanismo de "oposición" a la ejecución tiene determinadas reglas, una de ellas que ha sido invocada por la institución apelante SUNAT, es que en dicho proceso, la parte activa o demandante es la persona que tiene el derecho preferente de pago, y la parte pasiva está conformada por las partes del otro proceso: demandante y demandado, proceso en el que precisamente se han afectado los bienes de su deudor que deben responder por su derecho preferente mencionado.

Y si dicho bien que debe responder por la acreencia preferente del acreedor se estuviesen ejecutando en un procedimiento de ejecución coactiva que se tramita en vía administrativa, en ese caso los demandados en el proceso de tercería serian: la institución estatal que está ejecutando coactivamente los bienes y el deudor cuyos bienes responden por la acreencia.

Como se aprecia en el caso presentado, la parte pasiva o demandados de la tercería no se adecuarían a lo normado en el primer párrafo del artículo 533 que señala que la parte pasiva está conformada por el demandante y demandado del otro proceso donde se ejecutan los bienes.

Entonces una primera respuesta sería que el acreedor que tiene derecho preferente a ser pagado con los bienes ejecutados en un procedimiento administrativo, tendría que plantear ante el juez civil una demanda innominada que tendría similares características y el mismo propósito que la tercería, **pero que el accionante al postularla no debería denominarla tercería.**

Ahora bien una segunda reflexión podría ser que si la demanda innominada a plantearse tendría las mismas características y el mismo propósito que la tercería, porque no debería proponerse directamente una tercería para proteger el derecho preferente de pago de un acreedor.

Décimo Segundo.- Pero es el caso que Richard Martín Abusada Massa titular del crédito hipotecario preferente –respecto del cual y las circunstancias que lo rodean hemos referido ampliamente *ut supra*– ha interpuesto la presente demanda de tercería preferente de pago ante el Juez que conoce de la demanda de ejecución de garantía hipotecaria en la cual

tiene la condición de ejecutante, es el caso que en este proceso de tercería se ha emplazado entre otros a la SUNAT, entidad que ha iniciado un procedimiento de cobranza coactiva contra el mismo deudor del actor y embargado el mismo bien que el actor está ejecutando.

Si como hemos referido, este acreedor debería hacer valer su derecho preferente de pago en un proceso innominado que debería tener similares características y el mismo propósito que la tercería preferente de pago, y que además, acotamos ahora, por evidente razones se debería proponer ante el mismo juez que está tramitando el proceso donde dicho acreedor está ejecutando el bien; estimamos que sería irrazonable, declarar improcedente la demanda, para que el ahora demandante inicie un nuevo proceso -ahora innominado- ante el mismo juez de la presente demanda y con la misma pretensión que se ha planteado en autos, *"que se declare que su crédito hipotecario inscrito en el asiento 3 d) de la Partida Electrónica N° 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, debe ser pagado con prioridad o preferencia al crédito del cual es titular la SUNAT"* que

El proceso civil no es un fin en sí mismo, sino el camino que a veces es menester seguir para el ejercicio o defensa de nuestros derechos, en ese sentido el artículo IX del Código Procesal Civil establece: *"Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada."* Asimismo el Juez siempre debe tener presente que los fines del proceso son resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, **haciendo efectivos los derechos sustanciales.**

La regulación de la tercería, en el sentido que ahora se analiza, que los emplazados deben ser el demandante y demandado del proceso principal, se ha establecido porque el legislador tenía en mente un proceso civil donde se estaban afectando los bienes de una persona ajena a ese proceso (tercería de propiedad) o los bienes sobre los que esa tercera persona tenía derecho preferente a satisfacer su crédito (tercería preferente de pago), pero eso no hace que la norma no pueda interpretarse extensivamente, para dar tutela a casos similares en esencia pero que no cumplen con el requisito señalado.

A guisa de ejemplo debemos expresar lo siguiente, si en un proceso penal se ha incautado o embargado un bien que no pertenece al procesado o al tercero civilmente responsable, el camino que tiene el propietario de dicho bien es la tercería de propiedad, que como es evidente no puede tramitarse ante el juez especializado penal, sino ante un juez civil que es el competente para conocer procesos abreviados. En estos casos no se podría (o no debería argumentarse) que como el tercerista o tercero propietario del bien, el

agraviado y el procesado, no tienen la condición de demandantes o demandados en el proceso penal, la demanda de tercería debería ser declarada improcedente, lo que no ocurre en la praxis judicial.

En conclusión, este colegiado no ve impedimento alguno para que el derecho de acreedor preferente que plantea el demandante Richard Martín Abusada Massa sea declarado en el presente proceso. Asimismo el agravio formulado por la apelante SUNAT ha sido desvirtuado a lo largo de la presente resolución, razón por la cual la sentencia apelada debe ser confirmada.

Por tales consideraciones expuestas y las normas glosadas, los integrantes de esta Sala Superior administrando justicia a nombre de la Nación, resuelven:

CONFIRMAR la Sentencia contenida en **la Resolución N° 32** de fecha 19 de mayo del año 2015, obrante de folios 331 a 338, que declara fundada la demanda, en consecuencia declara que el crédito hipotecario inscrito en el asiento 3 d) de la Partida Electrónica N° 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, que le fuera cedido al señor RICHARD MARTIN ABUSADA MASA debe ser pagado con prioridad o preferencia al crédito del cual es titular la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA, sin costas ni costos del proceso por mandato legal. En cuanto a los intereses que se calculen en el expediente N° 7140-2006 seguido ante este Juzgado deberán ser pagados observando la misma prelación y hasta por el monto del gravamen inscrito, en los seguidos por RICHARD MARTÍN ABUSADA MASSA contra la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA -SUNAT Y OTRO, sobre TERCERÍA DE DERECHO PREFERENTE - PROCESO ABREVIADO; **Notificándose**.-

JMRM®/ sgo

ROSSELL MERCADO

GAMERO VILDOSO

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. 3813-2015-0-1817-JR-CO-02

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Primera Sala Civil con sub especialidad Comercial. Exp. 3813-2015-0-1817-JR-CO-02. Miraflores, 20 de setiembre del 2016.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE Nº 03813-2015-0-1817-JR-CO-02
DEMANDANTE : BANCO DE CRÉDITO DEL PERU
DEMANDADO : TABERNITI EIRL Y OTRO
MATERIA : TERCERIA PREFERENTE DE PAGO
PROCESO : ABREVIADO
CUADERNO : PRINCIPAL

SS. DIAZ VALLEJOS
GAMERO VILDOSO
CALLE TAGUCHE

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS
Miraflores, veinte de setiembre de dos mil dieciséis.-

AUTOS Y VISTOS:

Interviene como magistrado ponente el Señor Juez Superior **Calle Taguche; y**

ATENDIENDO:

A. La resolución apelada y fundamentos del recurso de apelación

PRIMERO: Es materia de grado la apelación interpuesta contra la **resolución N° 01** del 05 de mayo de 2015, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda presentada, consentido o ejecutoriada que sea la presente resolución, devuélvase los anexos bajo cargo y archívese el expediente.

SEGUNDO: En el recurso de apelación obrante a fojas 56-58, el banco demandante señala en lo esencial lo siguiente:

- El argumento del juez carece de fundamento legal; en este caso específico existe imposibilidad jurídica de interponer la tercería preferente de pago ante el juzgado coactivo que ejecuto la medida cautelar,
- No es facultad del ejecutor coactivo resolver as tercerías preferentes de pago, solo está facultado para resolver las tercerías excluyente de propiedad, resulta entonces incuestionable que la

tercería preferente de pago debe interponerse ante el Poder Judicial, en este caso ante el juzgado comercial, teniendo en cuenta la naturaleza comercial de nuestro crédito hipotecario y la materia que se ejecuta ante el juzgado coactivo, por tanto la resolución impugnada afectó su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

- La hipoteca a su favor fue inscrita con anterioridad a la fecha del embargo de la SUNAT.

ATENDIENDO:

B. ANÁLISIS DEL CASO Y POSICION DEL COLEGIADO

TERCERO: Conforme el tenor de la demanda obrante de fojas 32-37, el actor interpone demanda de tercería preferente de pago contra la SUNAT y la empresa RABERNITI EIRL, a fin de que se suspenda el pago al acreedor y se declare su derecho preferente a ser pagado con el precio de remate del inmueble materia de ejecución en el proceso signado con el expediente N° 000-2014-0, le cual ha sido embargado por la Sunat en el proceso coactivo N° 0230060558889.

CUARTO: El artículo 100 del Código Procesal Civil, dispone:

> "*Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar. También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.*
> *Las intervenciones descritas en este Artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el SubCapítulo 5, Capítulo II, Título II, SECCION QUINTA de este Código.".* (Subrayado nuestro).

De otro lado, el artículo 533 del mismo cuerpo legal, establece:

> *"La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.*
> *Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación." (Subrayado nuestro).*

Asimismo, el artículo 534 del Código citado, señala:

> *"La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor. El Juez competente es el Juez del proceso en el que se interviene."*

QUINTO: La tercería de derecho preferente o tercería de pagos se fundamenta en la protección del derecho de crédito del acreedor, el que tiene preferencia frente a los otros créditos, ya sea por estar garantizado o por tener algún privilegio legal"[1]. Empero, de la lectura de los dispositivos anteriormente citados, se tiene que la tercería de derecho preferente sólo es admisible al interior de un proceso judicial en la que el tercero pretende se le reconozca su derecho preferente de crédito respecto de lo que se obtenga en la ejecución forzada en dicho proceso, más aún, si conforme refiere la norma procesal el juez competente de dicha pretensión es el juez donde se interviene; circunstancias que no ocurren en el presente caso, pues el demandante alega derecho preferente para ser pagado con el precio obtenido en un remate de inmueble a efectuarse en un procedimiento de cobranza coactiva [Expediente N° 0230060558889], por lo que la presente demanda deviene improcedente al no enmarcarse dentro de las normas que regulan el proceso de tercería, tal como lo ha establecido la resolución apelada, no resultando válidos los argumentos del recurso de apelación para cuestionar su validez ni para sustentar la afectación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que se señala.

SEXTO: En ese sentido, encontramos que la apelada se ha dictado con arreglo a lo actuado y al derecho, como lo exige el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil

Por estas razones expuestas esta sala Superior **RESUELVE**: **CONFIRMAR** la **resolución N° 01** del 05 de mayo de 2015, que declara **IMPROCEDENTE** la demanda presentada, consentido o ejecutoriada que sea la presente resolución, devuélvase los anexos bajo cargo y archívese el expediente. Notificándose.

CT/JLVA

[1] Ledesma Narváez, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica. 3° Edición. 2011. Tomo II. p. 234.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. 11164-2014-0.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. Segunda Sala Civil con sub especialidad Comercial. Exp. 11164-2014-0.
Miraflores, 03 de Diciembre del 2015

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE Nº : 11164-2014-0
DEMANDANTE : BANCO NUEVO MUNDO EN LIQUIDACION
DEMANDADO : DISTRIBUIDORA SANTA VICTORIA
MATERIA : TERCERIA (ABREVIADO)

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO.

Miraflores, tres de diciembre
de dos mil quince.

AUTOS Y VISTOS: Es materia de apelación por parte del demandante **BANCO NUEVO MUNDO EN LIQUIDACIÓN**, la **resolución 02** de fecha 16 de diciembre de 2014, por la cual se declaró improcedente la demanda presentada.

Interviniendo como ponente el señor Juez Superior ***Rivera Gamboa;*** **y,**

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El apelante argumenta:

1.1. El juzgado no ha aplicado lo dispuesto en los arts. 188, 197, y 198 del Código Procesal Civil que disponen que los señores jueces deben analizar jurídicamente los medios probatorios en forma conjunta y utilizando su apreciación razonada, para tener la convicción de que procede ampararse la demanda.

1.2. La recurrente ha acreditado la existencia del Exp. Nro. 11858-2009 sobre el proceso de obligación de dar suma de dinero que tiene instaurado contra Distribuidora Santa Victoria S.A., Inmobiliaria Turquesa S.A. (antes Gremco S.A.), que se encuentra en ejecución forzada por la suma ordenada pagar de US $61,008.47, más intereses, estando pendiente la tasación de los inmuebles embargados en forma de inscripción ante SUNARP y que son los documentos que

acreditan la preferencia de pago materia de esta tercería. Por lo tanto, tiene derecho de interponer la demanda de tercería preferente de pago.

1.3. La resolución apelada que no ampara la demanda de tercería preferente de pago, al declararla improcedente daría lugar a que otros acreedores como son las terceras personas que también son acreedores de la parte demandada, podrían rematar los bienes que por preferencia de pago deben ser amparados a favor del recurrente.

1.4. Habiendo una hipoteca inscrita en SUNARP debe tenerse en cuenta el artículo 1097 del Código Civil, que otorga al acreedor el derecho de persecución, preferencia y venta del bien hipotecado.

SEGUNDO: Se desprende de autos que a fojas el Banco Nuevo Mundo en Liquidación interpuso ante el 12° Juzgado Comercial de Lima, demanda de tercería preferente de pago contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, Distribuidora Santa Victoria S.A. e Inmobiliaria Turquesa S.A., precisando que dicha demanda *"se relaciona con el expediente Nro. 11858-2009"* tramitado ante dicho Juzgado, seguido por el accionante banco en liquidación, contra Distribuidora Santa Victoria e Inmobiliaria Turquesa, y solicitando que se declare su preferencia de pago antes que SUNAT, que pretende sacar a remate público los inmuebles (palcos suites) cuyos embargos tiene inscritos el apelante desde el 02 de abril de 2013, fecha muy anterior al remate público de la SUNAT programado para el 18 de 0ctubre de 2014.

Dicha demanda fue declarada inadmisible por resolución uno, que le requirió al actor la presentación el arancel respectivo y documento público o privado de fecha cierta destinado a probar su derecho. Y presentado el escrito de fojas 116 e instrumental de folios 46 a 115 con el propósito de subsanar las observaciones formuladas, por resolución dos de fojas 118 se declaró improcedente la demanda, lo que es apelado en los términos glosados.

TERCERO: En ese orden de ideas, se tiene que lo que es objeto de apelación es el acto de calificación de la demanda, en virtud de lo cual se ha declarado improcedente la misma; por ende, el argumento de la apelación, acotado como 1.1. ut retro, es manifiestamente impertinente por cuanto en esta etapa postulatoria no se efectúa valoración probatoria alguna.

CUARTO: De otro lado, se aprecia que el apelante alude a la existencia de un derecho de cobro judicialmente declarado en el proceso Nro. 11858-2009, que se encontraría garantizado con un embargo decretado e inscrito sobre inmuebles de sus codeudoras, de lo que se concluye que el argumento de su apelación acotado como 1.4 es a todas luces impertinente, por cuanto no se trata el caso de autos de una garantía hipotecaria que pudiera cobijarse bajo la norma del artículo 1097 del Código Civil.

QUINTO: En cuanto a los argumentos de apelación acotados como 1.2 y 1.3 ut retro, debe tenerse presente la naturaleza del proceso de tercería preferente de pago, según ha sido precisado por la jurisprudencia, en el sentido que *"con la demanda de tercería preferente de pago el tercerista pretensiona se cancele en primer orden su crédito con el precio del bien afecto con gravamen, por considerar tener prioridad frente a otro acreedor que también quiere hacerse cobro con él y que efectivamente lo venía intentando en un proceso judicial". (*Cas. No. 876-2001-Ayacucho. El Peruano 05-11-2001)

Es así que conforme al artículo 534 del Código Procesal Civil, el Juez competente para conocer el proceso de tercería, es el Juez del proceso en el que se interviene. Así, por ejemplo, cuanto un tercero C acreedor de B que se considera con derecho de cobro preferente respecto de A, interviene en el proceso seguido por A contra B, demandando la tercería ante el Juzgado en el que gira dicho proceso de A contra B.

SEXTO: Sin embargo, se aprecia de los fundamentos de la demanda incoada y del escrito de subsanación respectivo, que en el presente caso el banco apelante afirma que en el proceso judicial Nro. 11858-2009 seguido en el 12° Juzgado Comercial de Lima, tiene embargados bienes inmuebles de su deudora Inmobiliaria Turquesa S.A. (antes GREMCO S.A.), vale decir, los palcos suites E-169 y F-133, según Partidas Electrónicas Nros. 11344938 (asiento D0005) y 11345124 (asientos D0004 y D0005); los mismos que a su vez han sido embargados con posterioridad por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria- SUNAT, en el procedimiento de cobranza coactiva Nro. 0230061273758, según los sendos asientos D0006 de las referidas partidas.

Por tanto, en el presente caso no se plantea la tercería contra una acción judicial de cobro, esto es, para hacer valer la preferencia de pago frente a un acreedor que tenga

cautelado su crédito con embargo judicial sobre bienes del deudor común, sino que por el contrario, es el acreedor judicial quien se presenta ante el mismo Juez que conoce la ejecución del que deriva su crédito, para hacer valer su aducida preferencia frente a un acreedor tributario que tiene embargados los bienes del deudor común en virtud de embargo trabado en un procedimiento de cobranza coactiva. De esto se colige, por un lado, que el tercerista se presenta como tal ante el Juez que conoce de la ejecución instaurada por él mismo, por lo que en puridad no es un tercero a dicha ejecución, y de otro lado, se pretende la tercería contra un procedimiento coactivo y no contra un proceso judicial, por lo que ciertamente no se configura la *fattispecie* de la tercería preferente de pago.

SETIMO: En ese orden de ideas, tratándose de una pretensión y un proceso típicos, es decir, tasados y configurados por la ley, al no concurrir los elementos que los configuran deviene manifiestamente improcedente a la luz del artículo 128 del Código Procesal Civil, concordado con el artículo 427 inciso 5), sin que esto importe afirmación sobre la existencia o ausencia del derecho que invoca el apelante, que tiene en todo caso expedito para hacerlo valer con arreglo a ley.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, este Colegiado **RESUELVE**:

CONFIRMAR la Resolución 02 de fecha 16 de diciembre de 2014, que declara Improcedente la demanda presentada.
Notifíquese y procédase conforme al artículo 383 CPC.

En los seguidos por **Banco Nuevo Mundo en Liquidación** con **Distribuidora Santa Victoria SA** sobre Tercería Preferente de Pago.

YAYA ZUMAETA **RIVERA GAMBOA**

GAMERO VILDOSO

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. 01559-2015-0-1817-JR-CO-15

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. 15° Juzgado Civil-Comercial. Exp. 01559-2015-0-1817-JR-CO-15. Lima, 31 de Octubre del 2016

15°JUZGADO CIVIL-COMERCIAL

EXPEDIENTE : 01559-2015-0-1817-JR-CO-15
MATERIA : TERCERIA
ESPECIALISTA : PACHAS LOPEZ, WILLIAM GERMAN
DEMANDADO : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA
ARANDA IPINCE, DANTE AUGUSTO JUAN
DEMANDANTE : SERVICIOS COBRANZAS E INVERSIONES SAC

Resolución Nro.10
Lima, 31 de octubre
Del 2016

AUTOS Y VISTOS:

Puesto en Despacho para resolver la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El demandado SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – SUNAT deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado bajo los siguientes argumentos: (i) Los demandados en el proceso de tercería deben necesariamente ser partes contrarias del otro proceso judicial, lo que no sucede en el presente caso y (ii) Respecto del bien a rematar no existe afectación judicial alguna, sino que han sido embargados dentro de un procedimiento de cobranza coactiva. Lo cual ha sido debidamente absuelto por el demandante conforme consta a fojas 204 a 209.

SEGUNDO: Lo que se cuestiona con la excepción de falta de legitimidad para obrar es la falta de identidad entre los sujetos de la relación

jurídico material trasladada a la relación jurídico procesal o que las partes procesales no se encuentre en situación habilitante, en el presente caso concreto se está cuestionando la falta de identidad de uno de los sujetos de la relación jurídico sustantiva, en este caso con respecto al sujeto pasivo de la relación jurídico procesal. De autos se puede apreciar de manera clara que el demandante (SERVICIOS, COBRANZAS E INVERSIONES SAC) ha demandado a quienes resultan ser parte de otro proceso (SUNAT y DANTE AUGUSTO JUAN ARANDA IPINCE), por lo que han sido demandados dentro de un proceso de tercería preferente de pago, en un contexto que el demandante considera que su acreencia hipotecaria resultaría preferente a un embargo de ejecución coactiva, en ese sentido esta excepción debe declararse infundada.

TERCERO: Sin perjuicio de lo anterior, y estando en una etapa de saneamiento procesal, debemos reexaminar lo que dispone el artículo 533 de la norma adjetiva:

> La tercería se entiende con el **demandante y el demandado**, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes **afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución**; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.
> Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación. (sombreado nuestro)

CUARTO: De autos se aprecia que efectivamente los demandados (SUNAT y DANTE AUGUSTO JUAN ARANDA IPINCE), en el presente proceso se encuentran vinculados no por un proceso judicial, sino por un procedimiento coactivo (Expediente de cobranza coactiva N° 02300060486424), en ese sentido se aprecia que los demandados no tienen la categoría de demandante y demandado conforme lo exige la norma acotada.

QUINTO: No solo ello, sino que también se aprecia conforme consta a fojas 54, que en el asiento D 00009 de la partida registral N° 49035768 del Registro de Predios de Lima, que lo que corre inscrito es un embargo emanado de un procedimiento coactivo, es decir el bien inmueble no ha sido materia de una afectación judicial, por lo que en consideración a que la parte demandada no tiene la categoría de demandante y demandado en el proceso de ejecución coactiva, y que asimismo el embargo que se cuestiona no emerge de un proceso judicial, se debe declarar la improcedencia de la demanda por resultar el petitorio jurídicamente imposible, ello al amparo de lo que señala el numeral 1 del artículo 427 de la norma adjetiva.

RESUELVO:

INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDADO.

IMPROCEDENTE LA DEMANDA POR CONTENER UN PETITORIO JURIDICAMENTE IMPOSIBLE.

Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución archívese definitivamente, con expresa devolución e anexos. Notificándose.

DE LA CUEVA. Mario. *"El nuevo derecho mexicano del trabajo"*. Editorial Porrúa SA. México 1986. Pág. 666 – 684.

LA REPUBLICA DEL PERU
En su nombre

EL PRIMER JUZGADO CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

A cargo de la Juez

Rosario Alfaro Lanchipa

Sumilla:
El crédito derivado del derecho real de garantía inscrito con anterioridad a las acreencias tributarias cuyas afectaciones son posteriores tiene prioridad de acuerdo al artículo 6 del TUO del Código Tributario

Expediente : 02764-2012-0-1817-JR-CO-14
Materia : Tercería Preferencia de Pago
Especialista : Nancy Sánchez Huallanca
Demandado : Superintendencia de Administración Tributaria
Textiles San José SA en liquidación
Demandante : Richard Martín Abusada Massa

SENTENCIA

Resolución Número: Treinta y Dos
Miraflores, Diecinueve de Mayo del dos mil quince.-

VISTOS

Teniendo a la vista el expediente No. 7140-2006, sobre Ejecución de Garantías seguido ante este Juzgado, resulta de autos que por escrito de fojas treinta y seis a cuarenta y seis, subsanado por escrito de fojas cincuenta y ocho a sesenta y uno, Richard Martín Abusada Massa interpone demanda de Tercería Preferente de Pago, en vía de Proceso Abreviado, contra Superintendencia de Administración Tributaria y Textiles San José SA en liquidación, a fin que se declare la preferencia de su crédito frente al que hace valer la Administración Tributaria respecto al deudor común, empresa Textiles San José SA en Liquidación y que con el producto de la venta vía remate del inmueble constituido por el departamento Altos No. 202, tipo dúplex, ubicado en la Calle San Luis No. 231, distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la partida electrónica No.44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, ordene abonar a favor del demandante la suma de US$ 117, 482.68 dólares americanos, haciendo extensiva la demanda a los intereses que se liquidarán en el expediente No. 7140-2006, así como a las costas y costos del proceso que correspondan en este proceso.

Sustenta su petitorio en que Inmobiliaria Abusada SA posteriormente absorbida por Textiles San José (actualmente en liquidación) mantenía una serie de obligaciones de pago frente al Banco Nuevo Mundo (actualmente en liquidación). Manifiesta que a fin de garantizar dichas obligaciones, la entonces Inmobiliaria Abusada otorgó primera y preferencial hipoteca a favor del Banco Nuevo Mundo en liquidación por la suma de US$ 160,000.00 dólares americanos, respecto del inmueble antes señalado, quedando inscrito el gravamen en el año **1996**.

Señala que con fecha 12 de noviembre de 2007 el banco Nuevo Mundo en Liquidación celebró con el demandante un contrato de cesión de acciones y derechos, el que fue elevado a escritura pública el 12 de noviembre del año 2007 ante el Notario Lucio Alfredo Zambrano, siendo que en virtud de dicho contrato dicho banco cedió a favor del demandante la titularidad de las acciones y derechos de los créditos que mantenía frente a Textiles San José SA (antes Inmobiliaria Abusada SA) incluyendo la titularidad de las garantías hipotecarias y su rango preferencial (específicamente en las cláusulas segunda y tercera del contrato de cesión). Por tal razón como consecuencia de la cesión el demandante quedó constituido en el único titular del crédito frente a Textiles San José (antes Inmobiliaria Abusada SA), así como de las garantías hipotecarias otorgadas a fin de garantizar dicho crédito.

Expone el demandante que de igual forma quedó constituido en el sucesor procesal del banco Nuevo Mundo en Liquidación en el proceso de ejecución de garantía hipotecaria iniciado contra Textiles San José, el mismo que se tramita ante este Juzgado bajo el número de expediente 7140-2006 y que cuenta con una sentencia favorable a favor del demandante con carácter de consentida.

Es el caso que pese a la preferencia del derecho de crédito y a la garantía real inscrita en registros públicos, SUNAT decidió dar inicio al procedimiento de ejecución coactiva No. 0210060050749 contra Textiles San José y trabar, como medida cautelar, un embargo en forma de inscripción sobre el inmueble hasta por la suma de S/.500,000.00 nuevos soles, la cual quedó inscrita en su partida electrónica como resultado del título presentado el 20 de Enero de 2012..

El embargo dispuesto por SUNAT tuvo y tiene por objeto llevar adelante un próximo remate en la vía administrativa y con el producto del miso, cobrar sus acreencias.

Lo más sorprendente es que el inminente remate del inmueble a cargo de SUNAT no sólo se realizará obviando la hipoteca previamente inscrita y el derecho preferente de pago del cual es titular el demandante, sino también contra la disposición contenida en el artículo 6 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo No. 135-99-EF, según el cual las deudas por tributos gozan de preferencia respecto de cualquier otra obligación de pago, excepto cuando dicha obligación de pago concurra con un crédito garantizado con una hipoteca, como es el caso.

Manifiesta además que lo más curioso es que cuando se le hizo saber a la SUNAT que no puede hacerse cobro de la deuda tributaria en la que medida que existe un crédito previo, preferente y con una garantía hipotecaria inscrita, esta simplemente responde que no tiene competencia para conocer solicitudes de tercería preferente de pago y que cualquier pretensión de tal naturaleza o similares, deben ser planteadas por la vía judicial.

Trámite de la Demanda.- Admitida la misma, por resolución número cuatro de fecha nueve de agosto de dos mil doce, el procurador público a cargo de los asuntos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, contesta la demanda en los términos del escrito de fojas noventa y seis a noventa y nueve, fundamentando su defensa en lo siguiente: 1) no ha tenido conocimiento de las relaciones comerciales que sostenía el demandante con Textiles San José (deudor de SUNAT), recién con la demanda se conoce las acreencias que mantenía Textiles San José con el Banco Nuevo Mundo que fueron cedidas al Demandante. 2) no se ha tomado parte de la constitución de la garantía real que se indica, por el contrario conoce del mismo a partir de la copia de la ficha registral No. 367498 partida electrónica No. 44650177, recabada a fin de trabar las medidas cautelares pertinentes. 3) la cesión de acciones y derechos fue de conocimiento de SUNAT recién con la demanda de ejecución de garantía, en la que son parte no tercero no ejecutante, tramitado ante el Primer Juzgado Comercial de Lima Expediente No. 7140-2006. 4) los derechos reconocidos a favor del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se generan en virtud de las multas impuestas por las acciones de inspección laboral realizadas al demandado Textiles San José SA las cuales se detallan a fojas 97 y 98. Mediante resolución No. 03-2007-MTPE/4/10.101 de 5 de Noviembre de 2007, en el expediente coactivo No. 318-2006-ACUM. SUNAT resolvió trabar embargo en forma de inscripción sobre el inmueble registrado en la partida No. 44650177 de Textiles San josé SA hasta por S/. 212,640.00, lo que se inscribió con solicitud No. 4022279 de 22 de Noviembre de 2007, en el asiento No.

D00001 de la partida electrónica No. 44650177. 5) En relación a la ejecución administrativa, el derecho de la entidad (SUNAT) debe observarse de acuerdo a las disposición es legales anotadas en la demanda, asimismo debe observarse que las acreencias gravadas han sido presentadas con fecha 20 de enero de dos mil doce, ello con posterioridad a la fecha en que la administración trabó medida cautelar conforme se señalara en el punto anterior. 6) Igualmente señala que oportunamente solicitó su intervención procesal como tercero no ejecutante; por lo que solicita se tenga presente su derecho toda vez que inscribió su embargo el 22 de noviembre de 2007, siendo su segundo acreedor.
Adicionalmente señala el Ministerio de Trabajo en su escrito de fojas 256 a 258 que se advierte que el demandante tiene un derecho inscrito al igual que el Ministerio, por tanto se constituyen al proceso a fin de que se tenga presente al momento de llevarse a cabo el remate y con el producto de la venta del inmueble se pague en orden de prelación de las acreencias.

Por resolución diecinueve de diez de junio de dos mil trece se tuvo por contestada la demanda a nombre del Ministerio de Trabajo y promoción del Empleo.

De otro lado, el procurador público a cargo de los asuntos de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – Sunat, contesta la demanda en los términos del escrito de fojas ciento veintiocho a ciento treinta y seis, fundamentando su defensa en lo siguiente: **1)** es improcedente de plano el pedido de costas y costos por aplicación del artículo 413 del Código Procesal Civil en virtud al cual SUNAT se encuentra exento de la condena de costas y costos del proceso. **2)** es improcedente y jurídicamente imposible pretender que se lleve a cabo este proceso de tercería de derecho preferente cuando ya existe un proceso de ejecución de garantías en el que se ha conseguido la intervención de SUNAT para que se defina la preferencia que tiene el crédito tributario frente al crédito del ejecutante. El artículo 438 del Código procesal Civil estipula que el emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos. 3. No es jurídicamente posible iniciar otro proceso con el mismo petitorio, por lo que la demanda debe declararse improcedente de conformidad con el artículo 427 inciso 6 del Código procesal Civil. **3)** El ejecutor coactivo es el único funcionario de la Administración Tributaria que puede disponer la suspensión o conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva, siempre que se presente alguno de los supuestos establecidos en el artículo 119 del TUO del Código Tributario. En lo que atañe a la preferencia o prelación debe tenerse en cuenta el artículo 6 del Texto Único Ordenado del Código Tributario. Es así que en efecto el ejecutor coactivo no

tiene competencia para pronunciarse sobre la intervención de derecho preferente de pago, no habiéndose además previsto como causal de suspensión o conclusión del procedimiento de cobranza coactiva la sola invocación por parte de un tercero en el proceso, de la preferencia o prelación que – según aduce – le asiste en el pago de su crédito respecto dl crédito de carácter tributario. El procedimiento coactivo se llevó a cabo en estricta observancia del Reglamento de Cobranza Coactiva.

Por resolución doce de tres de enero de dos mil trece se tuvo por contestada la demanda a nombre de la Superintendencia de Administración Tributaria

Por resolución veintitrés de ocho de julio de dos mil trece, se declaró rebelde a la demandada Textiles San José S.A. en liquidación, declarándose saneado el proceso y requiriendo a las partes para que propongan sus puntos controvertidos.

Por resolución veintiocho se fijaron los puntos controvertidos, se admitieron los medios probatorios del demandante y de los demandados disponiendo el Juzgamiento Anticipado del proceso al ser instrumentales los medios probatorios, quedando el proceso para sentenciar, pues venció el plazo para formular alegatos, de acuerdo a los cargos de fojas 315 a 318, sin que ninguna de las partes lo haya hecho; por lo que siendo su estado, corresponde dictarse sentencia; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante este proceso don Richard Martín Abusada Massa solicita anteponer su derecho de acreedor hipotecario con derecho inscrito frente al pago de la acreencia de la Superintendencia de Administración Tributaria respecto a la ejecución del inmueble de propiedad de Textiles San José SA en Liquidación constituido por el departamento No. 401, cuarto piso, situado en la constituido por el departamento Altos No. 202, tipo dúplex, ubicado en la Calle San Luis No. 231, distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la partida electrónica No.44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima

SEGUNDO: Conforme al artículo 6 del Texto Único del Código Tributario señala:

"Artículo 6.- Prelación de Deudas Tributarias
Las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tendrán prelación sobre las demás obligaciones en cuanto concurran con acreedores cuyos créditos no sean por el pago de remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores; las aportaciones impagas al Sistema Privado de Administración de Fondos de

Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones y los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran devengarse, incluso los conceptos a que se refiere el Artículo 30 del Decreto Ley No. 25897; alimentos e hipoteca o cualquier otro derecho real inscrito en el correspondiente registro."

TERCERO: Remitiéndonos al caso de autos encontramos que en el asiento 3 d) de la partida electrónica No. 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble, correspondiente al inmueble constituido por el departamento Altos No. 202, tipo dúplex, ubicado en la Calle San Luis No. 231, distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la partida electrónica No.44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, consta la hipoteca celebrada a favor del Banco Nuevo Mundo en Liquidación hasta por el monto de US$ 160,000.00 dólares americanos. Igualmente del asiento 3 c) de la misma partida registral consta que dicho bien fue vendido a favor de Inmobiliaria Abusada SA y que luego el bien fue adjudicado a favor de Textiles San José en virtud de la fusión por absorción celebrada por escritura pública, según se desprende del asiento C00002 de la partida electrónica 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble.
De los asientos registrales antes citados se acredita entonces **el derecho real inscrito con fecha 26 de abril de 1996**, así como el hecho que Inmobiliaria Abusada SA fue absorbida en su patrimonio neto (que incluía el inmueble antes señalado) por Textiles San José SA. hoy en liquidación.

CUARTO: Ahora bien, la titularidad del demandante respecto de la hipoteca inscrita queda acreditada con la copia del testimonio de la escritura pública de fecha doce de noviembre de dos mil siete, otorgada ante la Notaría Pública Alfredo Zambrano Rodríguez, que obra de fojas diez a catorce; documento que no ha sido cuestionado en autos y del cual se prueba que, en virtud de la cesión de derechos celebrada entre el Banco Nuevo Mundo en Liquidación y el señor Richard Martín Abusada Massa, **se cedió a favor de éste último la totalidad de los derechos y acciones que le correspondían en el proceso** de ejecución de hipoteca seguido ante este Juzgado bajo el número de expediente 7140-2006, **además del derecho de cobro de las obligaciones** materia de cobranza judicial, **incluyendo en la cesión las dos garantías** que se hacen mención en dicho testimonio (entre ellas las del bien inscrito en la partida 44650177, materia de este proceso), **y la cesión del rango de las hipotecas;** así consta expresamente de la cláusula tercera del contrato de cesión derechos.

Teniendo en cuenta los términos contractuales de la cesión celebrada entre el Banco Nuevo Mundo en Liquidación y el demandante, **éste es considerado como acreedor hipotecario al que le corresponde la prelación nacida de la inscripción del derecho real ocurrida el 26 de abril de 1996**, según se desprende del asiento 3 d) de la citada partida registral.

De acuerdo con lo dicho, en aplicación del artículo 6 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, al crédito del demandante derivado del derecho real de garantía inscrito en el año 1996 - según asiento 3 d) de la partida electrónica 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble -, corresponde reconocérsele prioridad sobre la acreencia tributaria cuyas afectaciones constan en los asientos D0001 y D0002 de la misma partida registral y que fueran inscritas en los años 2007 y 2012, respectivamente, por lo que resulta plenamente amparable la pretensión demandada.

SEXTO: De otro lado la Superintendencia de Administración Tributaria ha hecho valer argumentos de defensa que en nada desvirtúan la prioridad o preferencia del crédito del demandante; como es el sostener que por aplicación del artículo 438.2 del Código Procesal Civil resulta improcedente esta demanda; sin embargo este argumento debe desestimarse desde que el pedido de ser considerado como acreedor no ejecutante al interior de un proceso de ejecución no constituye el petitorio de la demanda de ejecución de garantía, por lo que no es posible argumentar que al interponer la demanda de tercería preferente de pago se esté iniciando otro con el mismo petitorio

Por último, la demandada ha sostenido que el ejecutor coactivo no tiene competencia para conocer procesos de tercería preferente de pago por lo que debe recurrirse a la vía judicial, reconociendo con ello la competencia del Poder Judicial en esta materia.

SEPTIMO: Respecto a hacer extensivo lo resuelto respecto al pago de los intereses que se liquidarán en el expediente No. 7140-2006, se deja constancia que el demandante tiene preferencia en el pago de su crédito hasta el monto del gravamen inscrito, razonamiento que se desprende del texto del artículo 6 del TUO Código Tributario en el que se hace referencia al derecho real inscrito.

OCTAVO: Hemos reservado el pronunciamiento respecto de la contestación a la demanda hecha por el Procurador del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, pues esta entidad, no cuestiona los fundamentos de la demanda, ya que únicamente

pide que al momento del pago se tenga en cuenta la prelación que establece el ordenamiento legal observando los títulos inscritos, pretensión que resulta atendible.

NOVENO: En cuanto al pago de costas y costos del proceso, en aplicación del artículo 413 del Código Procesal Civil, la demandada se encuentra exenta de dicho pago pese a que el resultado del proceso no le ha sido favorable.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con el artículo 6 del Texto Único Ordenado del Código Tributario,

FALLO:

Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta, la misma que obra de fojas treinta y seis a cuarenta y seis, subsanado por escrito de fojas cincuenta y ocho a sesenta y uno de los presentes autos; en consecuencia **SE DECLARA** que el crédito hipotecario inscrito en el asiento 3 d) de la partida electrónica No. 44650177 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, que le fuera cedido al señor **RICHARD MARTÍN ABUSADA MASSA** debe ser pagado con prioridad o preferencia al crédito del cual es titular la **SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA,** sin costas ni costos del proceso por mandato legal. En cuanto a los intereses que se calculen en el expediente 7140-2006 seguido ante este juzgado deberán ser pagados observando la misma prelación y hasta por el monto del gravamen inscrito. Notificándose a las partes procesales.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. 03813-2015-0-1817-JR-CO-02

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIMA. 2° Juzgado Civil con sub especialdiad comercial. Exp. 03813-2015-0-1817-JR-CO-02. Miraflores, 05 de Mayo del 2015.

2°JUZGADO CIVIL-COMERCIAL
EXPEDIENTE : 03813-2015-0-1817-JR-CO-02
MATERIA : TERCERIA
ESPECIALISTA : VASQUEZ LOPEZ, JOSE ROBERTO
DEMANDADO : SUPERINTE NDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA SUNAT
DEMANDANTE : BANCO DE CREDITO DEL PERU REPRESENTADO ALVARO E SUAREZ MILLA

Resolución Nro. UNO
Miraflores, cinco de mayo de 2015.-

AUTOS Y VISTOS: y **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, las normas procesales contenidas en nuestro ordenamiento procesal vigente son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario conforme lo dispone el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil;

Segundo: Que, asimismo, es principio procesal que toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso, a tenor de lo dispuesto en el numeral I del Título Preliminar del texto legal antes invocado; sin embargo para que el Juez pueda emitir un fallo válido sobre el fondo de la controversia, es necesario que se cumpla con ciertos requisitos básicos como son: las condiciones de la acción y los presupuestos procesales, y con ello poder declarar la admisión, inadmisibilidad o improcedencia de la demanda, según sea el caso conforme a lo previsto en los artículos 426º y 427º del Código Procesal Civil;

Tercero: Que, la tercería de propiedad es el proceso que sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, entendiéndose que el propietario es un tercero ajeno a la relación obligacional o real donde se ha afectado el bien, asimismo también puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación; conforme se desprende del artículo 533º del Código Procesal Civil modificado por Decreto Legislativo Nº 1069º publicado el veintiocho de junio del presente año;

Cuarto: Que, se advierte del escrito de demanda que esta se dirige contra **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACION TRIBUTARIA – SUNAT y TABERNITI E.I.R.L.** a fin que se page de manera preferencia el crédito otorgado por el

ejecutante a favor de **TABERNITI E.I.R.L.,** obligación que se generó por un préstamo dinerario y un pagaré a la vista, siendo que ambos casos están en proceso de ejecución mediante proceso judicial signado con el N° 00003-2014 que se sigue en este mismo Juzgado y que afecta un inmueble de TABERNITI E.I.R.L.; y a su vez, señalan que la SUNAT ha obtenido embargo en forma de inscripción sobre el citado predio por expediente N° 0230060558889 sobre deuda tributaria. Por lo que, solicitan se admita la demanda a fin de suspender el pago al acreedor (SUNAT) hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia invocada.

Quinto: Que, la demandante señala como fundamentos de hecho que tiene legítimo interés en virtud Contrato de Préstamo dinerario por la suma de US$100,000.00 Dólares Americanos, hipotecado con garantía del mismo y de otras obligaciones, el inmueble de propiedad de TABERNITI E.I.R.L.; hipoteca de primer rango que obra inscrita en RRPP.

Sexto: Que, no resulta atendible la tercería o calificar de forma favorable la presente demanda en virtud de lo dispuesto por el Código Procesal Civil Art 533° y 534°, que señalan que procede únicamente tercería contra procesos judiciales con medida cautelar o para la ejecución y ante el Juez que tramita el proceso anterior y no ante un juez que no tiene tramitado ninguno de esos proceso y en función a cada proceso, tampoco contra procesos de cobranza coactiva, porque son procesos que deben ser llevados a cabo por una norma especial distinta a los procesos judiciales conforme a lo dispuesto por el Código Procesal Civil, únicamente indica que debe ser contra otro proceso judicial en trámite en donde se pretenda incluir al tercerista.

Séptimo: Que, siendo así, la pretensión postulada por la demandante bajo la forma de tercería que se efectúa no puede constituirse en un caso de tutela jurisdiccional bajo este tipo de proceso, por ser de expresa voluntad de la ley procesal acoger aquellos supuestos fácticos previstos estrictamente en dicha norma, pues, según la ratio legis del artículo 533º del Código Procesal Civil recientemente modificado, ya que entre otros la tercería puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación;

Octavo: Que, nuestro ordenamiento jurídico procesal permite al Juez declarar improcedente la demanda cuando el petitorio fuese jurídicamente imposible por no adecuarse o guardar correspondencia –de modo evidente– con el marco legal

existente o ser contrario o incompatible con éste, y también, cuando el petitorio fuese físicamente imposible, esto es cuando no exista posibilidad alguna de satisfacer la pretensión reclamada en la demanda por ser contraria a las leyes de la naturaleza, conforme lo prevé el inciso quinto del artículo 427º del Código Procesal Civil;

Noveno: Que, los Jueces al calificar la demanda, están en la obligación de rechazar, las que adolezcan de vicios de fondo insubsanables, lo que no constituye en modo alguno la negación de la tutela jurisdiccional, pues esta se debe solicitar cumpliendo los requisitos y presupuestos que establece la ley procesal para la admisión de la demanda y en la vía pertinente: por lo tanto, la demanda ha incurrido en causal de improcedencia prevista en el inciso 5º del artículo 427º del Código procesal Civil, al constituirse el petitorio de la demanda en un imposible jurídico; por lo cual, la demanda de su propósito merece declararse improcedente in limine; **Por tales consideraciones,** y en aplicación del artículo 427º inciso 5) del Código Procesal Civil. **SE RESUELVE: Declarar IMPROCEDENTE** la demanda presentada. Consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución, devuélvase los anexos bajo cargo y archívense el expediente. Avocándose la señorita Juez, que suscribe por Disposición Superior. **NOTIFIQUESE.-**

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. 11164-2014-0-1817-JR-CO-12

EXPEDIENTE : 11164-2014-0-1817-JR-CO-12
MATERIA : TERCERIA
ESPECIALISTA : MENDOZA USSEGLIO JOCELYN MELISSA
DEMANDADO : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS
YADMINISTRACION TRIBUTARIASUNAT
DISTRIBUIDORA SANTA VICTORIA SA
INMOBILIARIA TURQUESA SA ANTES DENOMINADA GREMCO SA
DEMANDANTE : BANCO NUEVO MUNDO EN LIQUIDACION

RESOLUCIÓN NUMERO DOS
Miraflores, dieciséis de diciembre
De dos mil catorce.-

Dado cuenta la demanda que antecede, presentado por BANCO NUEVO MUNDO EN LIQUIDACION, conjuntamente con el escrito de subsanación de fecha 11.11.2014: **Y ATENDIENDO:** Téngase por cumplido lo ordenado por resolución numero uno de fecha veintisiete de octubre de dos mil catorce.
PRIMERO: Que, toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, por lo que procede recurrir al Órgano Jurisdiccional a fin de solucionar un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, según sea el caso.

SEGUNDO: BANCO NUEVO MUNDO EN LIQUIDACION, interpone una demanda de tercería preferente de pago contra Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – Sunat, Distribuidora Santa Victoria S.A, y Inmobiliaria Turquesa S.A., argumentando que se declare su derecho preferente de pago, en vista que ha interpuesto un proceso judicial signado con el número 11858-2009, ante este Despacho, en el cual se le concedió una medida cautelar de inscripción sobre los bienes; sin embargo, de manera sorpresiva toma conocimiento que un tercero –Sunat- va sacar a remate publico los bienes -palcos suites inscritos en la partida N° 11344938 y 11345124 del registro de propiedad inmueble de Lima-, por ello, en virtud que la medida cautelar indicada es con anterioridad, solicitan lo expuesto.

De autos es de advertir que al momento de calificar se identifico defectos de formas los mismos que se señalaron por resolución numero uno de fecha veintisiete de octubre del año en curso, subsanado los mismo por escrito de fecha once de noviembre de dos mil catorce, se procede conforme corresponde a calificar la incoada.

TECERO: Que, es un deber del Juzgador calificar la demanda verificando que esta cumpla con todos los elementos básicos contemplados en nuestro Código Procesal Civil, como son los presupuestos procesales y condiciones de la

acción, ello de conformidad con los principios de Vinculación y Formalidad contemplado en el artículo III y IX del precitado Cuerpo Legal.

CUARTO: Ante lo expuesto, según **LEDESMA NARVAEZ**, señala que "La tercería es un mecanismo de oposición a la ejecución por parte de un tercero, ya sea porque este tercero acredita tener derecho de propiedad de los bienes que han sido afectados por medida cautelar o para la ejecución"[1]

En tal situación, de autos se advierte que el demandante del proceso principal, el mismo que pertenece a la relación jurídica procesal valida –Expediente 11858-09-, pretende interponer la presente demanda, lo cual es incongruente ya que el legitimado para interponer este clase de proceso es un tercero ajeno, el mismo que pretenderá el reconocimiento de su derecho.

Por ello, no se puede reconocer un derecho –objeto del proceso-, en el mismo juzgado, máxime cuando se sobre entiende que su derecho se encuentra reconocido en dicho proceso principal, por tanto en el extremo de pretender determinar la prelación de rangos, no compete a esta judicatura, máxime cuando el remate indicado se llevara por un proceso administrativo, ajeno al presente.

Por tales razones: se declara: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la demanda presentada; archivándose definitivamente los de la materia y devolviendo los anexos al demandante. **Notificándose.-**

[1] LEDESMA NARVAEZ Marianella, "Comentarios Al Codigo Procesal Civil", Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 228.

TEMA N° 2

COMPETENCIA PARA CONOCER LA EJECUCION Y EL RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL EN MATERIA PREVISIONAL

¿Son competentes para conocer las demandas de ejecución y el recurso de anulación de laudo arbitral en materia previsional los Juzgados y las Salas Comerciales, respectivamente?

Primera Ponencia

La competencia de los órganos jurisdiccionales se rige por el principio de legalidad, en virtud del cual la competencia sólo puede ser establecida por la ley; este principio se encuentra reconocido en el primer párrafo del artículo 6° del Código Procesal Civil.

En tal sentido, de conformidad con el texto expreso de los numerales 3 y 4 del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1071, los Juzgados Civiles Subespecializados y las Salas Comerciales Permanentes[4], son competentes para conocer de las demandas de ejecución de laudo arbitral y de los recursos de anulación, respectivamente, en su defecto, los Juzgados y Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje; razones por las cuales la competencia en materia de ejecución de laudos arbitrales y recursos de anulación de laudo arbitral no puede variarse o modificarse salvo por mandato expreso de la ley.

Segunda Ponencia

Si bien los numerales 3 y 4 del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008, establecen que para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juez Subespecializado en lo Comercial o en su defecto,

[4] Resolución Administrativa N° 001-2017-P-CSJL/PJ. Publicado en el Diario El Peruano el 03 de enero de 2017

el Juez Civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia; y que corresponde a la Sala Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje, conocer del recurso de anulación del laudo; lo cierto es que dicho dispositivo legal se dictó antes de la promulgación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley N° 29497, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 15 de enero de 2010, que establece expresamente, en el numeral 5 del artículo 2°, que los Juzgados Laborales tienen competencia, en primera instancia, para conocer de los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP); y en el numeral 2 del artículo 3°, que las Salas Laborales de las Cortes Superiores tienen competencia, en primera instancia, en "anulación de laudo arbitral que resuelva un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a la ley de arbitraje"; lo cual es concordante con los artículos 42° y 51° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado con igual tenor por la Primera Disposición Modificatoria de la acotada Ley Procesal.

Así también, cabe indicar que los artículos II y 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo define como ámbito material de la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; los mismos que pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios; entre los que se incluyen pretensiones relacionadas a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, así como las prestaciones de salud y pensiones de invalidez; siendo que en el literal c) del artículo 57° de acotada Ley Procesal expresamente establece que **son títulos ejecutivos, que se tramitan en el proceso de ejecución, los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia, resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral**;

razones_por las cuales corresponde a los Juzgados Laborales conocer de las demandas de ejecución de laudos arbitrales y a las Sala Labores conocer de los recursos de anulación respecto de laudo que resuelvan conflictos de naturaleza previsional.

N°	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
	LECTURA NACIONAL	
1.	PRIORI POSADA. Giovanni. *"La competencia en el Código Procesal Civil Peruano"*. Asociación Civil Derecho y Sociedad. Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 22. Lima. Pág. 38 – 52.	490
2.	FALCÓN CANGAHUALA. Giorgio. *"Competencia Ejecución Y Nulidad De Laudos Arbitrales"*. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	506
	LEGISLACIÓN	
3.	Ley 29497. "Nueva Ley Procesal de Trabajo".	539
4.	Decreto Legislativo 1071. "Ley de Arbitraje".	566
	PLENOS SUPREMOS	
5.	V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional.	589
	JURISPRUDENCIA	
6.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Comercial Permanente. Exp. N° 03410-2017-0-1817-SP-CO-07. Lima, 10 de agosto del 2017.	602
7.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Laboral Permanente. Exp. N° 00234-2017-0-1801-SP-LA-01. Lima, 19 de junio del 2017.	609
8.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Comercial Permanente. Exp. N° 00268-2016-0-1817-SP-CO-01. Lima, 23 de marzo del 2017.	612
9.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 00087-2017-0-1817-SP-CO-02. Lima, 21 de marzo del 2017.	619
10.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 6302-2016-0. Lima, 7 de marzo del 2017.	622
11.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 146-2016. Lima, 28 de febrero del 2017.	628
12.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 135-2016-0-1817-SP-CO-02. Lima, 31 de octubre del 2017.	651
13.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 12° Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 06302-2016-0-1817-JR-CO-12. Lima, 23 de junio del 2017.	667
14.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 7° Juzgado Civil con Sub	669

	Especialidad Comercial. Exp. N° 3410-2017-JR-CO-07. Lima, 21 de febrero del 2017.	
15.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 12° Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 06302-2016-0-1817-JR-CO-12. Lima, 01 de junio del 2016.	673

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

LA COMPETENCIA EN ELCÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

PRIORI POSADA. Giovanni. "La competencia en el Código Procesal Civil Peruano". Asociación Civil Derecho y Sociedad. Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 22. Lima. Pág. 38 – 52.

LA COMPETENCIA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

Giovanni F. Priori Posada
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Magister por la *Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'*
Profesor Ordinario de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Profesor en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. INTRODUCCIÓN.

La competencia, se afirma, es un instituto procesal relativo, en la medida que, para poder comprenderlo, se hace necesario recurrir a las normas especiales de cada ordenamiento jurídico.

El presente artículo es sólo un intento de acercamiento, desde el ordenamiento jurídico peruano, al instituto de la competencia en el proceso civil.

II. LA POTESTAD JURISDICCIONAL.

En el presente trabajo no pretendemos realizar un estudio sobre la potestad jurisdiccional, pero debido a la vinculación que existe entre potestad jurisdiccional y competencia, creemos necesario compartir con los lectores nuestra noción de jurisdicción.

La potestad jurisdiccional[1] es aquélla atribuida constitucionalmente a algunos órganos del Estado por medio de la cual se busca la actuación del derecho objetivo al caso concreto[2] a fin de lograr la efectiva tutela de las situaciones jurídicas de los particulares[3], la sanción de determinadas conductas antisociales[4] y la efectividad del principio de jerarquía normativa[5], por medio de decisiones definitivas y ejecutables, con la finalidad de mantener la paz social en justicia.

III. POTESTAD JURISDICCIONAL Y COMPETENCIA.

La potestad jurisdiccional es ejercida por aquellos órganos a los cuales la Constitución les confiere dicha potestad; sin embargo, ello no quiere decir que dicha potestad pueda ser ejercida en cualquier ámbito.

En efecto, si bien un Juez por el solo hecho de serlo ejerce jurisdicción, con todas las atribuciones que ella supone, su ejercicio se encuentra limitado legalmente en función a determinados criterios[6]. De esta forma, es la Constitución la que atribuye la potestad jurisdiccional, pero es la ley la que establece dentro de qué ámbitos es válido el ejercicio de dicha potestad. La competencia, precisamente, tiene que ver con los ámbitos dentro de los cuales resulta válido el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a tener que precisar lo siguiente:

(i) No es correcto identificar "jurisdicción" con "competencia". La noción de "jurisdicción", como ha sido reiteradamente expuesto, se refiere a una potestad estatal, mientras que la noción de "competencia" tiene que ver con los ámbitos dentro de los cuales es válido el ejercicio de dicha potestad[7]. De esta forma, no es lo mismo decir que "un juez no tiene jurisdicción" y que "un juez no tiene competencia", porque no tener

1 "Potestad jurisdiccional" en el sentido que le atribuye Ascencio Mellado. Para tal efecto, revisar: ASCENCIO MELLADO, José María. Introducción al derecho procesal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1997. Pág. 48.

2 La actuación del derecho objetivo al caso concreto es considerada por Rosenberg como preferente dentro del contenido de la jurisdicción. ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. EJEA: Buenos Aires, 1955. Tomo I. Pág. 46.

3 Sobre este carácter nos hemos detenido ampliamente en un trabajo anterior: PRIORI POSADA, Giovanni" La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 26. Págs. 273 – 292.

4 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997. Pág. 97.

5 MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Temis: Bogotá – De Belaunde & Monroy: Lima, 1996. Pág. 213.

6 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997. Pág. 141; ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis: Bogotá – Depalma: Buenos Aires, 1983. Tomo II. Págs. 41 - 42 .

7 Carnelutti afirma que la competencia es un requisito de validez del acto procesal. CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. EJEA: Buenos Aires, 1959. Pág. 209.

jurisdicción supone no poder realizar actividad jurisdiccional (procesal) alguna, mientras que no tener competencia supone no poder realizar actividad procesal válida. De esta manera, por ejemplo, una "sentencia" dictada por quien no ejerce función jurisdiccional se ubica en la categoría de un "acto inexistente", mientras que una sentencia dictada por un juez incompetente se ubica en la categoría de un "acto inválido".

Ahora bien, claro está que, en la medida que la competencia indica los ámbitos dentro de los cuales es válido el ejercicio de la función jurisdiccional, la jurisdicción se convierte en un presupuesto de la competencia, pues antes de entrar a analizar la competencia se hace preciso determinar si existe o no jurisdicción. Por ello, Calamandrei afirma que: "La cuestión "de competencia" surge, pues, lógicamente, como un *posterius* de la cuestión "de jurisdicción"[8]. La jurisdicción precisa quiénes tienen, en general, esa potestad constitucionalmente atribuida, mientras que la competencia precisa quién, dentro de aquellos que tienen la potestad constitucionalmente atribuida, puede, según la ley, conocer válidamente un asunto en particular.

(ii) No es correcto afirmar que la competencia es una parte o porción de la jurisdicción. La labor que realiza la ley al momento de asignar competencia no supone seccionar una potestad compuesta por una serie de caracteres[9], pues sin uno de ellos aquello no sería potestad jurisdiccional. De esta forma, un juez ejerce a plenitud la potestad jurisdiccional, con todos los atributos que ella supone; sin embargo, esa potestad jurisdiccional que, reiteramos, la tiene a plenitud, no puede ser ejercida válidamente sino en determinados ámbitos que la ley señala sobre la base de determinados criterios que serán estudiados más adelante.

IV. Noción de competencia.

Las reglas de competencia tienen por finalidad establecer a qué juez, entre los muchos que existen, le debe ser propuesta una litis[10]. Por ello, la necesidad del instituto de la competencia puede ser expresada en las siguientes palabras: "Si fuera factible pensar, aunque fuera imaginativamente, acerca de la posibilidad de que existiera un solo juez, no se daría el problema a exponer ahora, puesto que jurisdicción y competencia se identificarían"[11]. Pero como ello no es posible, se hace preciso que se determinen los ámbitos dentro de los cuales puede ser ejercida válidamente, por esos varios jueces, la potestad jurisdiccional.

Por ello, definimos a la competencia como la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la potestad jurisdiccional. Dicha aptitud está definida en virtud de determinados ámbitos que la ley se encarga de establecer. De esta forma, la competencia es un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal. Como lógica consecuencia de lo anterior, todo acto realizado por un juez incompetente será nulo[12].

V. Fundamento constitucional de la competencia.

Las reglas que rigen la competencia actúan la garantía constitucional[13] del Juez natural[14], entendida ésta como el derecho que tienen las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por un tercero imparcial e independiente predeterminado por ley[15]; derecho que, además, integra el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Esa predeterminación legal que forma parte del contenido de la garantía al Juez natural, se expresa y actúa a través de la competencia.

8 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Tomo II. EJEA: Buenos Aires, 1962. Pág. 136.

9 Para revisar los caracteres propios de la función jurisdiccional, recomendamos la lectura de: REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. "Encuentros y desencuentros de la jurisdicción". En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 20. Págs. 245 – 248.

10 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. EJEA: Buenos Aires, 1959. Pág. 209.

11 CARLOS, Eduardo B. Introducción al estudio del derecho procesal. EJEA: Buenos Aires, 1959. Pág. 208. Citado por: QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 197.

12 En realidad, se hace necesario precisar respecto de este punto que, en todos aquellos casos en los que el Juez carezca de competencia por razón de un criterio de competencia improrrogable, los actos por él realizados serán sancionados con la nulidad absoluta. Sin embargo, en todos aquellos otros casos en los que se carezca de competencia por razón de un criterio de competencia prorrogable los actos procesales serán anulables. Para esta distinción, recomendamos la lectura de: SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "Nulidad procesal". En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Nº 2. Págs. 562 – 564.

13 En el caso peruano dicha garantía constitucional se encuentra recogida en los siguientes términos:
"Artículo 139.- "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. **Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley**, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de ecepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (...)"

14 LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile.* Tomo I. Giuffré: Milán, 1997. Pág. 77.

15 Sobre el particular: PRIORI POSADA, Giovanni. "La imparcialidad de los jueces. Reflexiones sobre una sentencia". En: Diálogo con la jurisprudencia. Número 46. Julio de 2002. Pág. 29.

En efecto, el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental y la trascendencia del mismo en el funcionamiento de un sistema democrático hacen preciso el establecimiento legal del Juez ante quien se pueda ejercer dicho derecho. De esta forma, "la tutela pretendida por el actor frente al demandado ha de ser concedida por los jueces y tribunales y, también ante éstos, han de tener las partes su oportunidad de defensa"[16].

Por ello, se requiere una precisa regulación legal de la competencia; pues "solamente si está fijado antes de cada procedimiento con base en regulaciones abstractas, qué tribunal y qué juez es competente, se puede enfrentar el peligro de decisiones arbitrarias. Un firme régimen de competencia crea seguridad jurídica. El demandante sabe a qué juzgado se puede o debe dirigir con su demanda. El demandado en todo caso se puede preparar, en qué lugar eventualmente debe contar con demandas"[17].

VI. CARACTERES DE LA COMPETENCIA.

Los caracteres de la competencia son los siguientes:

VI.1. ES DE ORDEN PÚBLICO.

La competencia es un instituto de orden público en la medida que los criterios para asignarla se sustentan en razones de interés general[18]. Asímismo, nosotros consideramos que la competencia es de orden público por dos razones adicionales: (i) supone el desarrollo o actuación de un derecho fundamental (Juez Natural); y (ii) sus reglas determinan el ámbito dentro del cual se ejerce una potestad asignada constitucionalmente a un órgano del Estado.

VI.2. LEGALIDAD.

Las reglas de la competencia se fijan y modifican por ley[19]. Esto no es sino una expresión más del derecho al juez natural, pues, como ha sido expresado anteriormente, uno de los elementos que conforman el contenido de este derecho fundamental es que el Juez que conozca un caso debe ser el predeterminado por la ley, "con el fin de asegurar su plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional[20]"; principio que encuentra establecida expresamente en el artículo 6 del Código Procesal Civil[21].

La legalidad tiene, sin embargo, una excepción: la competencia por razón del turno, en la medida que dicho criterio tiene que ver con la distribución interna del trabajo de los tribunales, razón por la cual deberá ser el propio Poder Judicial el que establezca este tipo de competencia[22].

VI.2. IMPRORROGABILIDAD.

Como hemos expresado anteriormente, la competencia es de orden público; ello trae como consecuencia el hecho que las normas que la determinan sean imperativas. Siendo ello así, las reglas que establecen y modifican la competencia se encuentran sustraídas de la voluntad de las partes[23], quienes deben atenerse a la competencia previamente determinada en la ley.

La improrrogabilidad rige para todos los criterios de determinación de la competencia, salvo para el criterio territorial. En efecto, las normas que rigen la competencia territorial sí son prorrogables, salvo los casos en los cuales la propia ley disponga que la competencia territorial no sea prorrogable[24].

VI.3. INDELEGABILIDAD.

Esta característica es también una consecuencia del carácter de orden público que tiene el instituto

16 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Aranzadi: Navarra, 2002. Pág. 207.

17 LEIBLE, Stefan. Proceso civil alemán. Dike y Konrad Adenauer Stiftung: Medellín. Pág. 107.

18 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 146.

19 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 145.

20 DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. El derecho al Juez ordinario pretederminado por la ley. Tecnos: Madrid, 1998. Pág. 27.

21 "Artículo 6 del Código Procesal Civil.- Principio de legalidad e irrenunciabilidad de la competencia.- La competencia sólo puede ser establecida por la ley.
(...)".

22 DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. El derecho al Juez ordinario pretederminado por la ley. Tecnos: Madrid, 1998. Pág. 204; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y, VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 145.

23 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y, VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 145.

24 Es el caso, por ejemplo, del artículo 19 del Código Procesal Civil, el mismo que dispone que en materia sucesoria la competencia territorial es improrrogable. Nótese cómo en este caso se hace preciso que la norma establezca de manera expresa que la competencia territorial es improrrogable, de lo contrario, siendo materia territorial, se entendería que es prorrogable.

de la competencia. En efecto, en la medida que la competencia es de orden público, tiene que ser ejercida por el órgano al cual se le atribuye, no pudiendo ser delegada por su titular[25] a un órgano distinto. Este principio ha sido expresamente recogido en nuestro Código Procesal Civil[26].

Ahora bien, ello no quita que, en algunos casos, un juez pueda comisionar la realización de algunos actos procesales a otro. Este fenómeno se conoce como el instituto de la *comisión* y no supone una delegación de competencia, sino sólo el encargo que recibe un juez de otro para realizar algunos actos procesales que, por razones fundamentalmente de orden práctico, el juez que comisiona no puede realizar. La comisión no es por ello una obligación del Juez, sino una facultad y así ha sido expresamente regulado en nuestro Código Procesal Civil[27].

Así por ejemplo, una diligencia a realizarse en una localidad distinta a la que se encuentra el Juez que conoce el proceso puede (no debe) ser comisionada a otro Juez (ubicado en la localidad donde debe realizarse la diligencia) debido a que, si el primero se traslada al lugar donde debe realizarse la diligencia, desatenderá sus deberes en los demás procesos que conoce. Debe tenerse en cuenta que la razón de la *comisión* no radica en el hecho que el Juez que conoce el proceso no es competente para realizar actos procesales derivados del proceso que conoce (y respecto del cual sí es competente) en otro distrito judicial, sino en una cuestión meramente práctica. Por ello, el instituto de la *comisión* no tiene que ver en realidad con un problema de competencia, sino con la colaboración y facilitación del ejercicio de la potestad jurisdiccional[28].

"...el instituto de la comisión no tiene quever en realidad con un problema de competencia, sino con la colaboración y facilitación del ejercicio de la potestada jurisdicicional..."

"Artículo 19 del Código Procesal Civil.- Sucesiones.- En materia sucesoria, es competente el Juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable".

25 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y, VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 145.

26 "Artículo 7 del Código Procesal Civil.- Indelegabilidad de la competencia.- Ningún Juez Civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye. Sin embargo, puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial".

27 "Artículo 7 del Código Procesal Civil.- Indelegabilidad de la competencia.- Ningún Juez Civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye. Sin embargo, puede comisionar a otro la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial".
Nótese que la norma citada utiliza el verbo "poder" y no "tener" ni "deber", lo que expresa claramente el carácter esencialmente facultativo del instituto.

VI.4. Inmodificabilidad o perpetuatio iurisdictionis

VI.4.1. Noción.

Esta es otra de las características de la competencia estrechamente vinculada al derecho al Juez natural. En este caso tiene que ver con la predeterminación del Juez que debe conocer el proceso.

Según esta característica, una vez que la competencia ha sido determinada, ella no puede variar en el transcurso del proceso, aún cuando varíen las circunstancias de hecho o de derecho que sirvieron para determinarla[29]. La razón de ello es evitar cualquier tipo de injerencia en los procesos a través de intencionados cambios de jueces que se pudieran producir, lo que pondría en riesgo las garantías de imparcialidad e independencia de los jueces. De esta manera, entonces, el fundamento de la inmodificabilidad de la competencia es la imparcialidad e independencia de los jueces.

VI.4.2. Momento de determinación de la competencia.

Para poder comprender esta característica se hace necesario establecer en qué momento se determina la competencia. Son dos básicamente las soluciones que propone la doctrina para ello: (i) la determinación del Juez se hace en función de las normas sobre competencia que estuvieron vigentes al momento de la realización de los hechos que se

28 En materia probatoria la *comisión* debe ser excepcional, ello atendiendo al principio de inmediación procesal. Así, sobre la base de la equivocada percepción que se tiene respecto a la *comisión*, muchos jueces creen que si ellos realizan una inspección judicial en un lugar donde no son competentes, dicha diligencia sería inválida, debiéndolo hacer el Juez competente en ese lugar. Nada más absurdo, pues si ello fuera así se perdería la finalidad que se desea alcanzar con una prueba tan importante como la inspección judicial. Por ello, la inspección judicial debe ser realizada por el Juez que conoce el proceso, salvo que sea sumamente difícil o peligroso hacerlo.

29 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad: Buenos Aires, 1997. Pág. 144; LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Tomo I. Giuffré: Milán, 1997. Pág. 66; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y, VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 145.

han de juzgar y (ii) la determinación del Juez se hace en función de las normas sobre competencia vigentes al momento del inicio del proceso[30].

La primera de las soluciones es una opción de "inequívoco sabor penalista"[31] porque se establece un paralelismo con la irretroactividad de las normas penales materiales respecto de la comisión del delito. Esta solución supone una confusión entre el objeto de regulación de las normas procesales y el de las normas materiales.

La segunda de las soluciones citadas fija el momento de la determinación de la competencia atendiendo al momento del inicio del proceso. Lo trascendente para esta opción no es qué norma sobre competencia estuvo vigente al momento de la realización de los hechos a juzgar, sino qué normas sobre competencia estuvieron vigentes al momento del inicio del proceso. El problema está en establecer cuándo se entiende por iniciado un proceso, pues para algunos se inicia con la interposición de la demanda y para otros con el emplazamiento. De esta manera, para quienes entienden que el proceso se inicia con la interposición de la demanda, la competencia se determina en función de las normas que estuvieron vigentes en ese momento, sin que sea posible modificarla. Mientras que, para quienes el proceso se inicia con el emplazamiento, la competencia se determina en función de las normas que estuvieron vigentes al momento de la interposición de la demanda, pero sólo una vez producido el emplazamiento la competencia no puede ser modificada.

Nuestro Código Procesal Civil parece haber recibido la influencia de las dos posiciones apenas descritas lo que se refleja en la contradicción que aparentemente existe entre sus artículos 8[32] y 438 inciso 1[33].

En nuestra opinión, el proceso se inicia con la interposición de la demanda y, es éste el momento de determinación de la competencia; por lo tanto una vez determinada, ésta no puede ser modificada. Esta es la única manera como se garantiza el derecho al Juez natural el mismo que consiste, precisamente, en que el proceso sea conocido por el *Juez predeterminado*, es decir, por el Juez que las leyes vigentes al momento de la interposición de la demanda establecían como competente. Predeterminado no puede ser el Juez previsto como competente por las leyes vigentes al momento del emplazamiento, pues entre la interposición de la demanda y el emplazamiento se pueden producir aquellas modificaciones de la competencia que el derecho constitucional al Juez natural quiere evitar a fin de garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces.

VI.4.2. PERPETUATIO IURISDICTIONIS Y APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO.

El principio que rige la aplicación de las normas procesales en el tiempo es el de aplicación inmediata de la norma, de modo que la nueva norma se aplica, incluso, a los procesos en trámite. Sin embargo, dicho principio no se aplica cuando la nueva norma modifica la competencia, ya que el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* (como manifestación del derecho al Juez Natural) prevalece al principio de aplicación inmediata de la norma procesal[34]. De esta forma, podemos decir que, si bien las normas procesales se aplican de manera inmediata incluso a los procesos en trámite, ello es así, salvo que la nueva norma sea una que modifica la competencia, pues en estos casos prima el principio de inmodificabilidad de la competencia, rigiéndose la competencia por la norma anterior, es decir, por aquella que estuvo vigente al momento de la interposición de la demanda. Ésta es la solución por la que ha optado nuestro Código Procesal Civil[35].

VI.4.3. ¿ES UN PRINCIPIO QUE ADMITE EXCEPCIONES?

Hasta ahora hemos venido diciendo que el derecho al Juez natural dispone, entre otras cosas, que el Juez que conoce un proceso debe ser el predeterminado por la ley. De esta forma, la competencia se determina en función de las circunstancias de hecho y de derecho existentes al momento de la interposición de la demanda, sin que los cambios producidos en ellas puedan afectar a la competencia ya fijada, todo esto en aplicación del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*. Sin

30 DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. El derecho al Juez ordinario pretederminado por la ley. Tecnos: Madrid, 1998. Pág. 121.

31 DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Tecnos: Madrid, 1998. Pág. 121.

32 "Artículo 8 del Código Procesal Civil.- Determinación de la competencia.- La competencia se determina por la situación de hecho o de derecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario".

33 "Artículo 438.- Efectos del emplazamiento.- El emplazamiento válido con la demanda produce los siguientes efectos:
1.- La competencia inicial no podrá ser modificada, aunque posteriormente varíen las circunstancias que la determinaron. (...)".

34 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 216; y, VESCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Temis: Bogotá, 1999. Pág. 145.

35 "Segunda disposición final del Código Procesal Civil.- Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose

embargo, el artículo 8 del Código Procesal Civil establece que dicho principio puede tener excepciones.

¿Puede este principio tener algunas excepciones? La respuesta en la doctrina no es pacífica. En efecto, hay quienes sostienen que la predeterminación legal del Juez (que no es sino el sustento de la *perpetuatio iurisdictionis*) puede sufrir algunas excepciones, en virtud de los siguientes criterios[36]: (i) aceptar de forma absoluta la *perpetuatio iurisdictionis* traería consecuencias prácticas negativas porque evitaría cualquier intento de reforma judicial integral ya que se impediría la modificación de los órganos jurisdiccionales que vienen conociendo los casos actuales; y, (ii) se debe aceptar la posibilidad de una excepción a la regla en aquellos casos en los cuales la competencia fijada en la nueva norma sea más favorable que la anterior.

En nuestra opinión ninguna de esas dos razones justifica establecer excepciones a la inmodificabilidad de la competencia. Respecto a la reforma judicial, creemos que una verdadera reforma es aquélla que respeta los derechos de los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales, por ello, la misma no puede ser usada como pretexto para desconocer dichos derechos. Respecto a que debe admitirse una excepción a dicho principio cuando la competencia dispuesta por la nueva norma sea más favorable que la anterior, opinamos que no existe competencia más, o menos, favorable ya que lo más favorable para todos los ciudadanos y para el correcto funcionamiento de la jurisdicción. Es que el Juez que conozca un caso sea aquél establecido por la ley con anterioridad al inicio del proceso, sin que ninguna modificación en las circunstancias de hecho o de derecho pueda justificar un cambio en las normas que regulan la competencia.

Quizá sólo sea posible admitir una excepción a este principio en aquellos casos en los que el conocimiento del proceso por el Juez predeterminado por la ley pueda afectar su imparcialidad. Como hemos dicho, la inmodificabilidad de la competencia tiene como finalidad garantizar la independencia e imparcialidad del Juez; por ello, si por alguna razón (causas de conmoción social, por ejemplo) la imparcialidad del juez predeterminado por la ley está en juego, puede procederse a la modificación de la competencia. Esta excepción precisamente surge para garantizar aquello que la propia regla de la inmodificabilidad protege: la independencia e imparcialidad de los jueces[37].

Por ello, cuando se entiende que el derecho a un Juez natural supone el derecho a un Juez "predeterminado", ello quiere decir que una vez establecido éste no puede modificarse. La claridad del mandato contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución[38] es bastante claro y, no admite excepción alguna, cuando se señala que ninguna persona puede ser desviada de la "jurisdicción predeterminada por la ley". Admitir una excepción a la *perpetuatio iurisdictionis* ahí donde el mandato constitucional es claro y no la admite, supondría una afectación de dicho derecho. La única excepción posible tendría que sustentarse en situaciones en las cuales mantener al Juez predeterminado por la ley, podría suponer una afectación a los principios de imparcialidad e independencia judiciales.

Por ello, somos de la opinión que la última parte del artículo 8 del Código Procesal Civil es muy peligrosa al contener una previsión tan general de posibilidad de excepciones a la regla de la inmodificabilidad de la competencia.

VII. Criterios o factores para la determinación de la competencia.

Hemos venido diciendo que la competencia es la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la función jurisdiccional. Esa aptitud está dada en función de determinados criterios conforme a los cuales se asigna competencia. Hay varias clasificaciones y denominaciones usadas en doctrina para distinguir estos criterios, nosotros hemos optado por una muy uniforme y que pretende simplificar la explicación de los mismos. Esos criterios son: materia, cuantía, grado, territorio y turno.

por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

36 DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. El derecho al Juez ordinario pretederminado por la ley. Tecnos: Madrid, 1998. Págs. 127 y ss.

37 En otro trabajo nos hemos detenido con mayor amplitud sobre este tema: PRIORI POSADA, Giovanni. "La imparcialidad de los jueces. Reflexiones sobre una sentencia". En: Diálogo con la jurisprudencia. Número 46. Julio de 2002.

38 "Artículo 139 de la Constitución.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
(...)"

VII.1. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA.

Para Carnelutti, la competencia por razón de la materia "tiene que ver con el modo de ser del litigio"[39]. Es decir, la competencia por razón de la materia se determina en función de la relación jurídica[40] que subyace al conflicto de intereses o a la incertidumbre jurídica que sirven de sustrato al proceso y, en especial, por la pretensión y/o pretensiones que, respecto de ese conflicto o esa incertidumbre, se plantean en el proceso.

De ahí que, para proceder a la determinación de este criterio de la competencia, se hace preciso analizar los elementos de la pretensión planteada en el proceso, es decir, tanto el *petitum* como la *causa petendi*. El *petitum* a fin de establecer qué efecto jurídico es el que busca el demandante que le otorgue el órgano jurisdiccional y, la *causa petendi* a fin de establecer los hechos que delimitan el contenido de la pretensión, entre los cuales está, por cierto, la relación jurídica que subyace al conflicto. Ese es, en cierta forma, el criterio que adopta el Código Procesal Civil, al momento de establecer qué se entiende por este criterio de determinación de competencia[41].

La razón que está detrás de este criterio es lograr la especialización de los tribunales. En ese sentido, en el Perú existen jueces en función de las siguientes materias: civil, penal, laboral, contencioso administrativa y de familia. Esto, sin embargo, es absolutamente variable y depende del nivel de especialización con el que se quiere contar en la solución de una pretensión así como del distrito judicial respectivo.

VII.2. COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN.

Para Leible[42] "en la competencia funcional se trata de la distribución de diversas obligaciones jurisdiccionales en una causa a diversos órganos de la jurisdicción".

Es decir, iniciado un proceso, diversos órganos jurisdiccionales pueden estar llamados a conocer diversos asuntos de él o, para decirlo en otros términos, distintos aspectos, fases o etapas del proceso pueden estar asignados a conocimiento de diversos órganos jurisdiccionales. De esta forma, esos diversos asuntos, etapas o fases del proceso a los que los diversos órganos jurisdiccionales están llamados a conocer, es lo que se conoce como competencia funcional.

Por ello, Ortells señala que: "La competencia funcional es la atribución a cada uno de los órganos jurisdiccionales que han de ejercer su potestad en un determinado proceso de cada una de las específicas funciones que, a cada uno de ellos, corresponde realizar en ese proceso"[43].

Ahora bien, por regla general al Juez que le corresponde conocer del proceso le corresponde conocer también sus incidencias; pero es perfectamente posible que la ley señale que eso no sea así, sino que algunas incidencias puedan ser conocidas por órganos jurisdiccionales distintos.

En función de esas incidencias que pueden estar asignadas a diversos órganos jurisdiccionales se hace una distinción entre competencia funcional vertical y competencia funcional horizontal.

La competencia funcional vertical supone una asignación de atribuciones establecida en la ley acerca de a quién le corresponde el conocimiento del primer o segundo examen de una resolución judicial. Según este criterio, se realiza una división entre *juez a quo* y *juez ad quem*. Al primero de ellos se le asigna el primer conocimiento del asunto, correspondiéndole su estudio y resolución; es, en otras palabras, el primer grado. Al segundo de ellos se le asigna el segundo conocimiento del asunto, correspondiéndole la revisión de aquello que ha sido resuelto por el *a quo* y, su confirmación[44], revocación[45] o anulación[46], dependiendo de si encuentra o no errada la resolución del *a quo* y, de

39 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 311.

40 ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis: Bogotá – Depalma: Buenos Aires, 1983. Tomo II. Pág. 64.

41 "Artículo 9 del Código Procesal Civil.- Competencia por materia.- La competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan".

42 LEIBLE, Stefan. Proceso civil alemán. Dike y Konrad Adenauer Stiftung: Medellín. Pág. 120.

43 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Tercera edición. Aranzadi: Navarra, 2002. Pág. 247. En el mismo sentido se pronuncian otros autores. Así, para Rocco, "la competencia funcional se da cuando distintos órganos jurisdiccionales están llamados a conocer de la misma causa en estadios y fases sucesivas del mismo proceso". (ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis: Bogotá – Depalma: Buenos Aires, 1983. Tomo II. Pág. 70). Para Rosenberg, la competencia funcional "se trata aquí de la distribución de las diversas funciones de jurisdicción entre los distintos órganos jurisdiccionales en la misma causa" (ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. EJEA: Buenos Aires, 1955. Tomo I. Pág. 166). Para Calamandrei: "En orden a esta distribución de oficios entre tipos distintos de jueces, llamados en momentos sucesivos del mismo proceso a ejercer la jurisdicción sobre la misma causa, se habla de competencia por grado, o también de competencia funcional" (CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Tomo II. EJEA: Buenos Aires, 1962. Pág. 136).

44 Confirmará la resolución en aquellos casos en los cuales, luego de la revisión que realice de la actuación del juez *a quo* no advierta error alguno.

45 Revocará la resolución en aquellos casos en los cuales, luego de la revisión que realice de la actuación del juez *a quo* advierta un error *in iudicando*, es decir, un error cometido en el objeto mismo de la decisión, el mismo que puede ser de hecho *(in factum)* o de derecho *(in iure)*.

46 Anulará la resolución en aquellos casos en los cuales, luego de la revisión que realice de la actuación del juez *a quo* advierta un error *in procedendo*, es decir, un error cometido en el procedimiento interno o externo para adoptar una decisión.

ser el caso, la determinación del tipo de error en el que se incurre. Así por ejemplo, si un proceso se lleva ante el Juez de Paz, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones expedidas por él, serán de conocimiento del Juez Especializado en lo Civil. De otro lado, si un proceso se lleva ante un Juez Especializado en lo Civil, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones expedidas por él, serán de conocimiento de la Sala Civil de la Corte Superior respectiva.

La competencia funcional horizontal supone una asignación de atribuciones establecidas en la ley respecto de diversas fases del proceso[47] (como por ejemplo, si la ley estableciera que la ejecución de una sentencia le corresponde a un juez distinto de aquél a quien la dictó y conoció del proceso) o, la atribución del conocimiento de un incidente o un aspecto relacionado al proceso a un órgano jurisdiccional distinto a aquél que conoce el proceso. En este último caso se trata de un incidente no originado a consecuencia de la solicitud de un doble conocimiento de una misma decisión, de lo contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de competencia funcional vertical, sino, de un incidente que, aunque, asignado a un órgano superior, le corresponde a él su conocimiento porque así lo establece la ley. Un ejemplo de esto último puede ser la competencia que se le asigna a la Sala Civil de la Corte Superior respectiva para conocer del conflicto de competencia producido entre dos órganos del mismo distrito judicial o, la asignación de competencia que se le da a la Sala Civil de la Corte Suprema para conocer del conflicto de competencia producido entre órganos jurisdiccionales de distritos judiciales distintos[48]. Otro ejemplo, es la asignación de atribuciones a los diversos órganos jurisdiccionales en los casos de impedimento de jueces[49] y recusación[50].

VII.3. Competencia por razón de la cuantía.

VII.3.1. Justificación de este criterio.

"...existe una realización clara entre la importacia económica del litigio y el esfuerzo necesario para obtener su composición..."

Existe una relación clara entre la importancia económica del litigio y el esfuerzo necesario para obtener su composición[51]. La adaptación del costo del proceso a la importancia económica del litigio influye, según Carnelutti[52], no sólo sobre la naturaleza de los actos del proceso, sino también sobre la estructura de los órganos

47 QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 206.

48 "Artículo 36 del Código Procesal Civil.- Si en los casos del artículo 35 el Juez a quien se remite el proceso se declara incompetente, se observarán las siguientes reglas:
1.- Tratándose de un conflicto por la materia, se remitirá el proceso al órgano jurisdiccional superior de la especialidad. Si los órganos jurisdiccionales en conflicto pertenecen a distintos distritos judiciales, se remitirá a la Sala correspondiente de la Corte Suprema.
2.- Tratándose de la cuantía, se remitirá el proceso a la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente; y
3.- Tratándose del territorio, se remitirá el proceso a la Sala Civil correspondiente de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según corresponda".
"Artículo 43 del Código Procesal Civil.- El conflicto de competencia entre jueces civiles del mismo distrito judicial, lo dirime la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente. En los demás casos, los dirime la Sala Civil de la Corte Suprema".

49 "Artículo 306 del Código Procesal Civil.- El Juez que se considere impedido remitirá el expediente a quien deba reemplazarlo. Si éste estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al juez que venía conociendo. En las Cortes, el juez que se considera impedido informará a la respectiva Sala expresando la causal invocada. La Sala resolverá, sin trámite, integrándose con el llamado por ley. Aceptada la abstención, pasa el conocimiento del proceso al que corresponda. La resolución que resuelve la abstención es inimpugnable".

50 "Artículo 310 del Código Procesal Civil.- La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso, fundamentando la causal alegada. En el mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios, excepto la declaración del recusado, que es improcedente.
Cuando el Juez recusado acepta la procedencia de la causal, debe excusarse de seguir interviniendo a través de resolución fundamentada, ordenando el envío del expediente a quien deba reemplazarlo.
Si no acepta la recusación, emitirá informe motivado y formará cuaderno enviándolo al Juez que corresponda conocer, con citación a las partes. El trámite de la recusación no suspende el proceso principal, pero el recusado deberá abstenerse de expedir cualquier resolución que ponga fin al proceso. El Juez a quien se remite el cuaderno tramitará y resolverá la recusación conforme al artículo 754 en lo que corresponda. Su decisión es inimpugnable.
Interpuesta recusación contra un Juez de órgano jurisdiccional colegiado, se procede en la forma descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, la recusación será resuelta por los otros integrantes de la Sala, sin necesidad de integración, debiéndose llamar a otro Juez sólo en caso de discordia".

51 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 306.

52 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 306. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 202.

jurisdiccionales: "es conveniente para los pleitos de menor importancia un oficio menos costoso"[53] (entendemos menor importancia, como menor valor económico, no como menor trascendencia).

Similar opinión mantiene Calamandrei, para quien: "Puesto que la justicia exige gastos tanto más graves cuanto más numerosas sean las personas que integren el juzgador y cuanto más complicado y largo sea el procedimiento, se ha reconocido la conveniencia de hacer que a las causas de menor importancia económica respondan órganos judiciales más simples, que permitan una mayor economía de personas y de tiempo, y reduzcan el costo del proceso a una medida que no parezca desproporcionada con el valor de la causa"[54].

Resulta evidente pues, que la determinación de la competencia en función del valor económico del petitorio (cuantía) tiene una justificación económica en el sentido que se quiere asignar a oficios y tipos de procesos que representen menor costo para el Estado y los particulares, los procesos relativos a litigios de menor costo; ello para que ni los particulares ni el Estado tengan que soportar con el proceso un mayor costo que aquél que representa en sí el conflicto de intereses que con él se quiere evitar o resolver.

VII.3.2. NOCIÓN DE CUANTÍA.

La cuantía es un criterio de determinación de la competencia en función del valor económico del conflicto sometido a conocimiento del órgano jurisdiccional.

Ahora bien, el artículo 10 del Código Procesal Civil señala que la competencia por razón de la cuantía se determina en función del valor económico del petitorio. El tema que corresponde analizar ahora es cómo se determina el valor económico del petitorio. Rocco[55] señala que existen tres sistemas para determinar el valor económico del petitorio:

a) El sistema según el cual la cuantía se determina en función de la declaración del demandante en su demanda.

b) El sistema según el cual se deja en el Juez la apreciación del valor del asunto.

c) El sistema según el cual la determinación del valor se encuentra establecido en la ley en función de determinadas presunciones.

Respecto de todos y cada uno de los sistemas anteriormente descritos se pueden formular críticas, pues todos ellos tienen ventajas y desventajas; el caso es que, siendo la cuantía un criterio objetivo de determinación de la competencia "debe negarse, por consiguiente, cualquier importancia a otros factores de carácter personal y subjetivo. Así, no podrá tenerse en cuenta la valoración personal y afectiva de determinado sujeto (...)"[56].

Ahora bien, el Código Procesal Civil[57] ha recogido el primero de los sistemas, es decir, aquél según el cual la cuantía se determina en función de lo que el demandante ha afirmado en su demanda, aún cuando admite que el Juez puede corregir la cuantía expuesta por el demandante sólo si aprecia de lo expuesto por el propio demandante (sea de la demanda o de los anexos de ésta) que ha habido un error en la determinación de la cuantía. Es importante anotar que ello no quiere decir que nuestro Código haya optado por el segundo sistema, sino que mantiene el primero de ellos, lo que ocurre es que permite al Juez realizar una especie de corrección del valor de la cuantía expuesto por el demandante en función de lo que el propio demandante señala o adjunta como anexos. Siempre son la declaración y los documentos que adjunta el demandante, los que son determinantes para la determinación de la competencia, por razón de la cuantía.

Ahora bien, nuestro Código Procesal Civil establece algunas reglas para la determinación de la cuantía, las mismas que procedemos a describir a continuación:

53 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 306.

54 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Tomo II. EJEA: Buenos Aires, 1962. Pág. 56.

55 ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis: Bogotá – Depalma: Buenos Aires, 1983. Tomo II. Págs. 52 y ss.

56 ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis: Bogotá – Depalma: Buenos Aires, 1983. Tomo II. Pág. 53.

57 "Artículo 10 del Código Procesal Civil.- Competencia por razón de la cuantía.- La competencia por razón de la cuantía se determina de cuardo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:
1.- De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir oposición del demandado, salvo disposición legal en contrario; y,
2.- Si de la demanda o sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, el Juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al Juez competente".
Me permito en esta sede hacer un breve comentario al inciso primero de este artículo. Nótese que la norma dice que la cuantía se determina en función de lo señalado por el demandante en su demanda, sin admitir oposición del demandado. Ello quiere decir que el demandado no puede oponerse a la cuantía establecida por el demandante para establecer la competencia, pero ello no quiere decir que el demandado no pueda cuestionar la competencia por razón de la cuantía. En efecto, la norma no está bien redactada, pero la razón de ser de ella es evitar que el demandado intervenga en la determinación de la cuantía, pues ella se fija sólo con lo expresado por el demandante; sin embargo, si de acuerdo a lo establecido por el demandante ha habido un error en la competencia por razón de la cuantía, el demandado puede cuestionar la competencia a través de la excepción.

1. Para calcular la cuantía se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios y demás conceptos devengados al momento de la interposición de la demanda, no los futuros.
2. Si una demanda contiene varias pretensiones la cuantía se determina por la suma del valor de todas.
3. Si en una demanda se plantean pretensiones subordinadas o alternativas se atenderá a la que tiene mayor valor para efecto de determinar la cuantía.
4. Si son varios los demandados la cuantía será determinada en función del valor total de lo demandado.
5. Si se plantean pretensiones sobre derechos reales sobre inmuebles, la cuantía se determina en función al valor que tiene el inmueble a la fecha de la interposición de la demanda.
6. Es competente para conocer la pretensión accesoria el Juez de la pretensión principal, aun cuando, consideradas individualmente, no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del Juez.

VII.4. Competencia por razón del territorio.

La competencia por razón del territorio supone una distribución de los procesos entre diversos jueces del mismo grado, a fin de hacer que el proceso se lleve ante aquel Juez que, por su sede, resulte ser el más idóneo para conocer de una pretensión en concreto[58].

Siendo ello así, la competencia por razón del territorio se establece en virtud de diversos criterios que tienen que ver, fundamentalmente, con la vecindad de la sede del Juez con el objeto, personas o demás elementos del conflicto de intereses. Estos diversos criterios para la determinación de la competencia territorial reciben el nombre de *fueros* y éstos son:

VII.4.1. Fuero personal *(forum personae)*.

Este criterio está determinado por el lugar en el que domicilian las personas que participan en el proceso como parte[59]. De esta forma, lo que normalmente ocurre es que las partes del proceso tengan domicilios distintos, en cuyo caso habrá que observar el domicilio del demandante y del demandado y definir entre ellos qué juez es el competente. Esta definición está dada por una regla general de competencia, denominada *forum rei*, según la cual es competente el Juez del lugar del domicilio del demandado; regla que se encuentra recogida en nuestro Código Procesal Civil en más de una oportunidad[60].

La regla del *forum rei* supone, pues, una clara opción por favorecer la posición del demandado, pues es el Juez de su domicilio el que, por regla general, resulta competente. La razón de ello es explicada por la doctrina en los siguientes términos: siendo que el demandado se encuentra obligado a participar en el proceso por voluntad del demandante, la ley le posibilita comparecer ante el Juez de su domicilio para favorecer el ejercicio de su derecho de defensa. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que el mantenimiento de esta regla general podría originar serios perjuicios para el demandante, pues una regla de competencia como la del *forum rei*, puede suponerle una barrera al acceso a la jurisdicción para el demandante, especialmente en aquellos casos en los que dicha

58 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Tomo II. EJEA: Buenos Aires, 1962. Págs. 172 y 177; QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Temis: Bogotá, 2000. Pág. 206 y LIEBMANN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto processuale civile*. Giufré: Milán, 1992. Pág. 38.

59 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. EJEA: Buenos Aires, 1959. Tomo I. Pág. 226.

60 "Artículo 14 del Código Procesal Civil.-Reglas generales de la competencia.- Cuando se demanda a una persona natural, es competente el Juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.
Si el demandado domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.
Si el demandado carece de domicilio o este es desconocido, es competente el Juez del lugar donde se encuentre o el del domicilio del demandante, a elección de éste último.
Si el demandado domicilia en el extranjero, es competente el Juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.
Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el Juez Civil".
"Artículo 15 del Código Procesal Civil.-Acumulación subjetiva pasiva.- Siendo dos o más los demandados, es competente el Juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos".
"Artículo 16 del Código Procesal Civil.-Acumulación subjetiva de pretensiones.- Cuando por razón de conexión se demanden varias pretensiones contra varios demandados, será competente el Juez del domicilio de cualquiera de ellos".
"Artículo 17 del Código Procesal Civil.-Personas jurídicas.- Si se demanda a una persona jurídica, es competente el Juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario.
En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el Juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada".
"Artículo 27.- Competencia del Estado.- Es Juez competente el del lugar donde tenga su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Departamental, Local o ente de derecho público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.
Cuando el conflicto de intereses tuviera su origen en una relación jurídica de derecho privado, se aplican las reglas generales de la competencia.
Las mismas reglas se aplican cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones".

regla le genere una excesiva carga al tener que trasladarse hasta el domicilio del demandado a fin de iniciar un proceso. Ese es el caso, por ejemplo, de los procesos de alimentos, en los que, de mantenerse la regla general expuesta, supondría una terrible e infranqueable barrera al acceso a la jurisdicción, razón por la cual en estos casos se quiebra la regla, otorgando al demandante la posibilidad de demandar ante su propio Juez[61].

VII.4.2. FUERO REAL (*FORUM REI SITAE*).

Según este criterio, la competencia se determina atendiendo al lugar donde se encuentra el bien en litigio. Este criterio para establecer competencia tiene su justificación en el hecho que se desea aproximar al Juez a los elementos del conflicto y, en concreto, al lugar en el que se ubica el bien respecto del cual se discute en el proceso[62]. Este criterio es de aplicación sólo en el caso en que se discuta sobre derechos reales sobre inmuebles.

VII.4.3. FUERO CAUSAL.

Este criterio se refiere, independientemente de la ubicación de las personas o del bien discutido, al lugar donde se produjo el hecho que constituye el fundamento de la pretensión[63]. De esta forma, se hace una distinción entre *forum obligationis* (lugar donde surge la obligación o donde se produce la causa de la obligación) y *forum executionis* (lugar donde debía ejecutarse la obligación).

VII.4.4. FUERO INSTRUMENTAL.

Este criterio establece el Juez competente atendiendo al lugar donde la ley presume que se encuentra o se puede encontrar el mayor material probatorio para resolver una controversia.

VII.4.5. COMPETENCIA FACULTATIVA.

Los criterios enunciados anteriormente no son necesariamente excluyentes, pues si bien la regla general en la competencia por razón del territorio es el *forum rei*, en algunos casos la ley le concede al demandante la facultad de demandar ante un Juez distinto al del lugar del domicilio del demandado; juez que se encuentra igualmente habilitado (es competente) para conocer el proceso. Los casos de competencia facultativa se encuentran expresamente previstos en el artículo 24 del Código Procesal Civil[64].

VII.5. COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TURNO.

La competencia por razón del turno es un criterio de asignación de competencia que tiene que ver con la distribución del trabajo entre los diversos tribunales. De esta manera, el Poder Judicial determina los criterios de asignación de procesos a los diversos jueces a fin de garantizar el ordenado ingreso de procesos a un determinado despacho.

VIII. PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA.

Como hemos explicado anteriormente, por regla general, la competencia es improrrogable, salvo la competencia por razón del territorio. Por ello, todo lo que en esta sede se indique se referirá a este criterio de determinación de la competencia y siempre que no exista ley que establezca que en un específico supuesto, la competencia territorial sea improrrogable.

La prórroga de la competencia o competencia por elección, como la llama un sector de la doctrina, "se funda en la convicción de la utilidad que puede tener el acuerdo de las partes como índice de la idoneidad, respecto del litigio, de un oficio diverso del determinado según las normas de la competencia principal"[65]. De esta forma, la ley permite que,

61 "Artículo 560 del Código Procesal Civil.- Competencia especial.- Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al Juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste".

62 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. EJEA: Buenos Aires, 1959. Tomo I. Pág. 226.

63 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. EJEA: Buenos Aires, 1959. Tomo I. Pág. 226.

64 "Artículo 24 del Código Procesal Civil.- Competencia facultativa.- Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:
1. El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos;
2. El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;
3. El Juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias;
4. El Juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación;
5. El Juez del lugar en donde ocurrió el daño, tratándose de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual;
6. El Juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido; y
7. El Juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos al tiempo de interponerse las demandas de rendición, de aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión".

65 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 324.

respecto del territorio, las partes puedan establecer una competencia distinta a la prevista en la ley.

La razón de que sea la competencia por razón del territorio aquella respecto de la cual se pueda pactar se debe, según Calamandrei[66], a que normalmente esas reglas son establecidas en interés de las partes, siendo ello así, ellas pueden, con un acuerdo, establecer una competencia distinta a la prevista legalmente.

Ahora bien, algo que debe tenerse en cuenta es el hecho que la prórroga de la competencia requiere siempre de la voluntad de los dos sujetos[67], no bastando para ello que sólo uno manifieste su voluntad en ese sentido.

El acuerdo respecto de la competencia puede concluirse antes o después de nacido el conflicto de intereses. En función de ello, este acuerdo puede ser:

VIII.1. Acuerdo preventivo *(ante litem natam)*.

Es un acuerdo de prórroga al que llegan las partes antes del surgimiento del conflicto, estableciendo ante qué juez se llevará a cabo el eventual proceso que se inicie en caso surja algún conflicto entre ellas.

Este acuerdo se produce normalmente como una cláusula dentro de un contrato (cláusula de competencia). La cláusula de competencia debe ser realizada por escrito, no siendo importante al efecto que el acuerdo conste expresado en un mismo documento o en más de uno; siendo suficiente que la declaración de voluntades concurrentes conste por escrito (es el caso, por ejemplo, de dos partes que expresan su voluntad en sendas cartas cursadas entre ellas).

Cabe precisar que este acuerdo no forma parte del objeto del contrato, sino que se hace con ocasión del mismo[68].

Ahora bien, a través de este acuerdo, las partes pueden ampliar la competencia establecida en la ley o derogar la competencia principal. En el primer caso, las partes establecen, adicionalmente a la competencia del Juez prevista legalmente, otro ante el cual podrían demandar. En el segundo caso, las partes establecen que el Juez establecido en la ley no será el competente, sino que lo será aquél que las propias partes pacten. Para que esto último sea posible, se hace necesario que conste expresamente la voluntad de las partes en el sentido que la competencia atribuida por ellos en el acuerdo es exclusiva. Así lo expresa la doctrina: "El acuerdo vale para atribuir competencia al Juez elegido, no para privar de competencia al Juez elegido según ley; pero si en el acuerdo expreso se atribuye al Juez elegido competencia exclusiva, el Juez designado por la ley no es competente"[69].

"...a través de este acuerdo, las partes pueden ampliar las competencia establecida en la ley o derogar la competencia principal..."

Ello quiere decir que, si en el acuerdo de las partes no se ha establecido con absoluta claridad que la competencia que se asigna es exclusiva, la competencia por ellas acordada es una competencia adicional a la prevista en la ley constituyéndose, entonces con este acuerdo, una competencia facultativa, donde el demandante puede elegir entre el Juez previsto en la ley como competente o el previsto por las partes en el acuerdo.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el hecho que, a pesar que las partes hayan pactado que un determinado Juez es el competente (sea ampliando la competencia o sea derogando la legalmente establecida), si el demandante demanda ante un Juez diverso al pactado y, el demandado no cuestiona la competencia oportunamente, se puede producir una prórroga tácita de la competencia[70]. Este tipo de prórroga está regulado en el artículo 25 del Código Procesal Civil[71].

VIII.2. Acuerdo sucesivo *(post litem natam)*.

En este caso el acuerdo se produce luego de surgido el conflicto de intereses. El acuerdo puede ser expreso o tácito.

66 CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. Tomo II. EJEA: Buenos Aires, 1962. Pág. 196.
67 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 324.
68 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 325.
69 CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil. EJEA: Buenos Aires, 1959. Pág. 252.
70 ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pág. 195.
71 Artículo 25 del Código Procesal Civil.- Prórroga convencional de la competencia territorial.- Las partes pueden convenir por escrito someterse a la competencia territorial de un Juez distinto al que corresponde, salvo que la ley la declare improrrogable".

VIII.2.1. ACUERDO SUCESIVO EXPRESO.

Es un acuerdo de prórroga al que llegan las partes luego del surgimiento del conflicto, estableciendo ante qué juez se llevará a cabo el eventual proceso que se inicie para resolver el conflicto entre ellas. Así lo explica la doctrina: "(...) puede ocurrir aunque la hipótesis sea muy rara que, nacido el litigio y antes de que las partes lo lleven al proceso, se pongan de acuerdo, mediante declaraciones recíprocas, para someterlo a juicio de un oficio que no tendría competencia (...)"[72].

Cabe señalar que, a este tipo de acuerdo se le aplica lo expuesto para el acuerdo preventivo.

VIII.2.2. ACUERDO SUCESIVO TÁCITO.

Se produce en aquellos casos en los cuales el demandante interpone su demanda ante un Juez que, de acuerdo a las normas de competencia no sería el competente, y el demandado (habiendo sido válidamente notificado) deja transcurrir el plazo previsto en la ley para cuestionar su competencia. Este tipo de prórroga se encuentra previsto en el artículo 26 del Código Procesal Civil[73].

IX. LA COMPETENCIA POR CONEXIÓN.

La competencia por conexión se presenta en todos aquellos casos en los cuales hay dos o más pretensiones conexas. Dos o más pretensiones son conexas cuando tienen en común, al menos, uno de sus elementos (*petitum* o *causa petendi*)[74]. En estos casos la ley permite que esas pretensiones que son conexas puedan ser acumuladas, es decir, puedan ser reunidas para que el Juez pueda pronunciarse respecto de ellas en un mismo proceso favoreciendo con ello la economía procesal y evitando el dictado de fallos contradictorios.

Ahora bien, la acumulación no encuentra ninguna dificultad si las pretensiones son competencia de un mismo Juez; el problema se presenta en aquellos casos en los cuales la competencia respecto de las pretensiones que se quieren acumular corresponde a Jueces diversos. En estos casos, señala Liebmann, la acumulación no es posible, salvo que se elimine ese obstáculo[75].

La manera como se eliminan esos obstáculos es expresada por Liebmann en los siguientes términos: "Por ello las reglas de la competencia ceden en parte el paso a las exigencias de la simultaneidad del proceso y sufren algunas modificaciones, en el sentido que una de las acciones conexas pueda ser propuesta ante el juez competente para la otra, antes que ante aquél que sería competente según las normas ordinarias. Tales modificaciones son, sin embargo, posibles sólo para la competencia por razón del territorio y para la competencia por razón del valor; las reglas de la competencia por la materia y funcional son más rígidas y no admiten derogación, ni siquiera respecto a la conexidad"[76].

Nótese entonces que las reglas de la competencia por razón del territorio o por razón de la cuantía ceden ante la necesidad de acumular pretensiones. En ello consiste la competencia por conexión. Algunos ejemplos de lo que decimos se pueden encontrar en nuestro Código Procesal Civil:

1. Si se demanda a varios demandados que tengan domicilios distintos, es competente el Juez del lugar de cualquiera de ellos (artículo 16 del Código Procesal Civil)[77].
2. Si se demanda una pretensión de garantía (aseguramiento de pretensión futura) el Juez competente para conocer de esta pretensión será el Juez competente para el conocimiento de la pretensión principal a fin de que sea decidida en el mismo proceso, aún cuando por razón del territorio y del valor no le corresponda su conocimiento (artículo 32 del Código Procesal Civil).
3. Si se demanda una pretensión accesoria (es decir, una pretensión que sigue la suerte de la principal) el Juez competente para el conocimiento de la accesoria es el competente para conocer la principal, aún cuando por razón del territorio o del valor no lo sea (artículo 32 del Código Procesal Civil). Así se ha

72 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. Uteha: Buenos Aires. Tomo II. Pág. 326.

73 "Artículo 26 del Código Procesal Civil.- Prórroga tácita de la competencia territorial.- Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante, por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar de transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia".

74 LIEBMANN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto processuale civile*. Giufré: Milán, 1992. Págs. 63 y 187.

75 LIEBMANN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto processuale civile*. Giufré: Milán, 1992. Pág. 64.

76 Traducción libre de: *"Perció le regole della competenza cedono in parte il passo alle esigenze della simultaneità del processo e subiscono alcune modificazioni, nel senso che una delle azioni connesse possa essere proposta davanti al giudice competente per l'altra, anzichè davanti a quello che sarebbe competente secondo le norme ordinarie. Tali modificazioni sono tuttavia possibili solo per la competenza per territorio e per la competenza per valore; le regole della competenza per materia e funzionale sono piú rigide e non ammettono deroga nemmeno per riguardo alla connessione".* LIEBMANN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto processuale civile*. Giufré: Milán, 1992. Pág. 64.

77 "Artículo 16 del Código Procesal Civil.-Acumulación subjetiva de pretensiones.- Cuando por razón de conexión se demanden varias pretensiones contra varios demandados, será competente el Juez del domicilio de cualquiera de ellos".

manifestado la doctrina cuando afirma que: "la conexión por accesoriedad importa, en consecuencia, la atracción de la demanda accesoria al juez competente para aquella principal, aunque corresponda por territorio a la competencia de otro Juez y en el caso indicado sin límite del valor"[78].

X. Cuestionamiento de la incompetencia.

La competencia es un presupuesto procesal y, como tal, su presencia, como la de los demás presupuestos procesales, determina la validez de la relación jurídica procesal. Si en un proceso no existe competencia, este hecho puede ser denunciado o puesto de manifiesto a través de los siguientes mecanismos:

X.1. De oficio.

El Juez puede declararse incompetente en todos aquellos casos de competencia improrrogable. Esa facultad se encuentra expresamente prevista en el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil[79], pero la misma debe ser ejercida única y exclusivamente respecto de aquellos casos, repetimos, de competencia improrrogable, como se desprende lo establecido en el primer párrafo del artículo 35 del Código Procesal Civil[80].

X.2. A pedido de parte.

Las partes pueden denunciar la incompetencia del Juez, a través de dos medios de defensa. Cabe precisar que, por disposición del artículo 37[81] del Código Procesal el uso de uno de los siguientes mecanismos, excluye la posibilidad de utilizar el otro.

X.2.1. Excepción de incompetencia.

Las excepciones son medios de defensa típicos a través de los cuales el demandado, en ejercicio de su derecho de defensa, cuestiona la ausencia o presencia defectuosa de un presupuesto procesal o una condición de la acción. Una de las excepciones previstas en nuestro Código Procesal Civil es la excepción de incompetencia (artículo 446 inciso 1 del Código Procesal Civil)[82]. A través de este mecanismo, el demandado acude donde el Juez incompetente que está conociendo el proceso y cuestiona su propia competencia, esperando un pronunciamiento de dicho Juez sobre ella.

X.2.2. Inhibitoria.

A través de este mecanismo, el demandado en un proceso ante un Juez incompetente acude donde el Juez que sí es el competente para solicitarle que se declare competente y le solicite al Juez incompetente que le remita el proceso. Este mecanismo de defensa del demandado se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil[83].

XI. Conflicto o contienda de competencia.

Se produce un conflicto o contienda de competencia en todos aquellos casos en los cuales dos jueces consideran ser o no ser competentes para conocer de un determinado asunto. En el primer supuesto se habla de conflicto positivo y, en el segundo, se habla de conflicto negativo.

En el conflicto positivo dos jueces creen ser competentes para conocer de determinado asunto, lo que se podría presentar, por ejemplo, en aquellos casos en los que el demandado haya planteado una inhibitoria y tanto el Juez ante el que se interpuso

78 Traducción libre de: *"(...) la connessione per accesorietá importa dunque l'attrazione della domanda accesoria al giudice competente per quella principale, anche se appartenga per territorio alla competenza di altro giudice, e nel caso indicato senza limite di valore".* LIEBMANN, Enrico Tulio. *Manuale di Diritto processuale civile*: Giufré: Milán, 1992. Pág. 64.

79 "Artículo 427 del Código Procesal Civil.- Improcedencia de la demanda.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:
(...)
4.- Carezca de competencia;
(...)
Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.
Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes".

80 "Artículo 35 del Código Procesal Civil.- Incompetencia.- La incompetencia por razón de la materia, la cuantía y el territorio, esta última cuando es improrrogable, se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso, sin perjuicio de que pueda ser invocada como excepción.
Al declarar su incompetencia, el Juez declarará asimismo la nulidad de lo actuado y la conclusión del proceso.
No es procedente la excepción para cuestionar la competencia funcional. Sin embargo, podrá ser declarada de oficio o a pedido de parte hasta antes de expedirse el auto de saneamiento procesal.
La competencia de los Jueces de Paz Letrados y de Paz sólo se cuestiona mediante excepción".

81 "Artículo 37 del Código Procesal Civil.- Conflicto positivo de competencia.- La incompetencia por razón del territorio sólo puede ser invocada por el demandado como excepción o como inhibitoria, cuando no se haya producido la prórroga de la competencia. Elegida una vía no podrá utilizarse la otra".

82 "Artículo 446 del Código Procesal Civil.- Excepciones proponibles.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:
1.- Incompetencia;
(...)".

83 Artículo 38 del Código Procesal Civil.- Interposición de la inhibitoria.- La inhibitoria se interpone por el demandado ante el Juez que considere competente, dentro de cinco días de emplazado, más la aplicación del cuadro de distancias, en su caso, ofreciendo los medios probatorios pertinentes.
El Juez rechazará de plano la inhibitoria interpuesta extemporáneamente o cuando es manifiestamente improcedente o temeraria".

como el Juez que conoce el proceso se consideran competentes[84].

En el conflicto negativo dos jueces creen no ser los competentes para conocer de un determinado asunto, lo que se podría presentar, por ejemplo, en todos aquellos casos en los cuales el demandado interponga una excepción de incompetencia y el Juez que conoce el proceso la declare fundada, remitiendo el proceso al Juez que éste considera que es el competente; quien al recibir el proceso se declara también incompetente. Puede también presentarse en aquellos casos en los cuales el Juez se declare incompetente de oficio y, a consecuencia de ello, remita el proceso ante el Juez que él considera competente, quien al recibir el proceso se declara también incompetente[85].

Los conflictos positivo y negativo de competencia son resueltos por el órgano jurisdiccional superior.

XII. PALABRAS FINALES.

No hemos pretendido agotar todo el tema de la competencia, pués se nos han quedado en el tintero muchos otros temas relacionados con este instituto. Sólo hemos pretendido aproximar al lector a este tradicional instituto desde su vertiente constitucional (jurisdicción y juez natural), para luego describir las reglas que regulan la competencia.

84 "Artículo 40 del Código Procesal Civil.- Trámite ante el Juez requerido.- Recibido el oficio, el Juez comunicará al demandante la interposición de la inhibitoria y dispondrá la suspensión del proceso. El demandante puede contradecir la inhibitoria y ofrecer medios probatorios dentro de tercer día de notificado.
Si el Juez se inhibe, se remite el proceso al Juez solicitante para que asuma el conocimiento del mismo.
Si el Juez se considera competente, remitirá todo lo actuado, inclusive el principal, al superior que deba dirimir la competencia, comunicando al Juez solicitante".

85 "Artículo 36 del Código Procesal Civil.- Conflictos negativos de competencia.- Si en los casos indicados en el Artículo 35 el Juez a quien se remite el proceso se declara incompetente, se observarán las siguientes reglas:
1. Tratándose de un conflicto por la materia, se remitirá el proceso al órgano jurisdiccional superior de la especialidad. Si los órganos jurisdiccionales en conflicto pertenecen a distintos Distritos Judiciales, se remitirá a la Sala correspondiente de la Corte Suprema;
2. Tratándose de la cuantía, se remitirá el proceso a la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente; y
3. Tratándose del territorio, se remitirá el proceso a la Sala Civil correspondiente de la Corte Superior o de la Corte Suprema, según corresponda".

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Competencia Ejecución Y Nulidad De Laudos Arbitrales.

FALCÓN CANGAHUALA. Giorgio. “Competencia Ejecución Y Nulidad De Laudos Arbitrales”. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.

COMPETENCIA EJECUCIÓN Y NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES

DR. GIORGIO FALCON CANGAHUALA

gfalcon@dalyotero.com

COMPETENCIA JURISDICCIONAL: EJECUCIÓN FORZADA DE LAUDOS ARBITRALES

- Juzgados de Trabajo
  - Nueva ley Procesal del trabajo Nº 29497
- Juzgados de trabajo con subespecialidad previsional
  - Resolución administrativa 59-2010-CE-PJ
- Juzgado Civil con subespecialidad en Comercial
  - DECRETO LEGISLATIVO N° 1071
  - Decreto Legislativo que norma El Arbitraje

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071

- Artículo 8º.- Competencia en la colaboración y control judicial.
- Inc. 3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el **juez subespecializado en lo comercial** o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

LEY Nº 29497: PROCESOS LABORALES

- PROCESO ORDINARIO LABORAL
- PROCESO ABREVIADO LABORAL
- PROCESO IMPUGNATIVO DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS
- PROCESO CAUTELAR
- PROCESO DE EJECUCIÓN
- PROCESOS NO CONTENCIOSOS

COMPETENCIA

- Artículo 1 Los juzgados de paz letrados laborales conocen de los siguientes procesos:
  - Inc. 2. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía no supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP); salvo tratándose de la cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones retenidos por el empleador, en cuyo caso son competentes con prescindencia de la cuantía.
- Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo
  - Inc 5. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

EJECUCIÓN DE LAUDOS PROBLEMAS

- Se cuestiona el fondo
- Se da cumplimiento al laudo, temas por resolver:
- Inicio de la pensión vitalicia
- Porcentaje de incapacidad
- Inicio y fin de devengados
- Cálculo de intereses legales (tasa a aplicar)

COMPETENCIA JURISDICCIONAL: NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES

- Sala Laboral Superior
  - Nueva ley Procesal del trabajo Nº 29497

- Sala Civil con subespecialidad en Comercial
  - DECRETO LEGISLATIVO N° 1071
  - Decreto Legislativo que norma El Arbitraje

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071

- Artículo 8º.- Competencia en la colaboración y control judicial.
- Inc. 4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

LEY Nº 29497: PROCESOS LABORALES

- PROCESO ORDINARIO LABORAL
- PROCESO ABREVIADO LABORAL
- PROCESO IMPUGNATIVO DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS
- PROCESO CAUTELAR
- PROCESO DE EJECUCIÓN
- PROCESOS NO CONTENCIOSOS

ARTÍCULO 3.- COMPETENCIA POR MATERIA DE LAS SALAS LABORALES SUPERIORES

- 1. Proceso de acción popular en materia laboral, a ser tramitado conforme a la ley que regula los procesos constitucionales.
- 2. Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a la ley de arbitraje.
- 3. Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente Ley.
- 4. Contienda de competencia promovida entre juzgados de trabajo y entre éstos y otros juzgados de distinta especialidad del mismo distrito judicial.
- 5. Conflictos de autoridad entre los juzgados de trabajo y autoridades administrativas en los casos previstos por la ley.

NULIDAD DE LAUDOS PROBLEMAS

- Se cuestiona el fondo
- Se cuestiona la falta de motivación y aplicación de los precedentes vinculantes del TC :
- Inicio de la pensión vitalicia
- Porcentaje de incapacidad
- Inicio y fin de devengados
- Cálculo de intereses legales (tasa a aplicar)

ENFERMEDAD PROFESIONAL

- INDEMNIZACIÓN O PENSIÓN
- e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.
- b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.
- i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.

- Se regula en forma genérica el supuesto de competencia sobre enfermedad profesional
- Principio de especialización:
- **Supuesto específico para indemnización**
  - No existe problemática: Juzgado de Trabajo
- **Supuesto específico para pensión**
  - Presenta problemática por competencia sobre la materia

PRETENSIÓN CONTENCIOSA PREVISIONAL

- Pretensión sobre pensiones:
- **Referido a la prestación: pensión de invalidez**
  - AFP (Decreto Ley N° 25897), ONP (Decreto Ley N°19990, 20530,18846) 19846 Militar policial, Aseguradoras Ley 26790.
- **Referido al Acto administrativo**
  - referido a la entidad que administra y emite actos administrativos , sólo ONP? Entidad Estatal // Servicio público y aplicación parcial 27444
  - **AFPs**: emite resoluciones, se obliga al asegurado agotar la vía administrativa
    - **Para la AFP: j) El Sistema Privado de Pensiones.**
  - **Aseguradoras:** emite resoluciones, se obliga al asegurado agotar la vía administrativa
    - **No tiene supuesto específico : PRETENSIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA PREVISIONAL**

ANTECEDENTES

- 1911: Ley 1378, Ley de Accidentes de Trabajo estableció que los empresarios que deben indemnizar a sus obreros y empleados, podrían sustituir esta obligación en una compañía de seguros.
- 1971: D.L 18846 crea el Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de los trabajadores obreros, **financiado con los aportes del empleador y asumido por la Caja Nacional del Seguro Social Obrero.**
- 1997: La ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, crea el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Seguro obligatorio a cuenta del empleador, **asegurado obreros y empleados; contratado con una aseguradora o ONP.**

SCTR: SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO.

- Financiamiento: Aportaciones a cargo exclusivo del empleador
- Prestaciones monetarias destinadas a proteger al asegurado o a sus beneficiarios contra riesgos de invalidez o muerte producida a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional
- Prestaciones de Salud - Prestaciones Económicas

Prestaciones :

a) Pensión de invalidez.

b) Pensión de sobrevivencia.

c) Gastos de sepelio.

LAS PENSIONES DE INVALIDEZ

Son pagadas al asegurado que se invalida a consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional CON CARGO DEL FONDO DE LAS ASEGURADORAS POR LAS PRIMAS DE LOS EMPLEADORES

Los montos de pensión son calculados sobre el 100% de la **REMUNERACIÓN MENSUAL** del asegurado.

La **REMUNERACION MENSUAL**, se obtiene de:

- Promediar las 12 últimas remuneraciones anteriores al siniestro.
- Si trabajador laboró menos de 12 meses, se calcula en función al promedio recibido durante su vida laboral.

"Remuneración Mensual"

Base de cálculo para el cálculo del monto de pensión de invalidez

Pensiones No contributivas:

En términos generales, las pensiones no contributivas son aquellas que no requieren cotización previa a la seguridad social, y comúnmente, constituyen prestaciones monetarias relativamente uniformes, universales o focalizadas a ciertos grupos o riesgos. (vejez, discapacidad e invalidez).

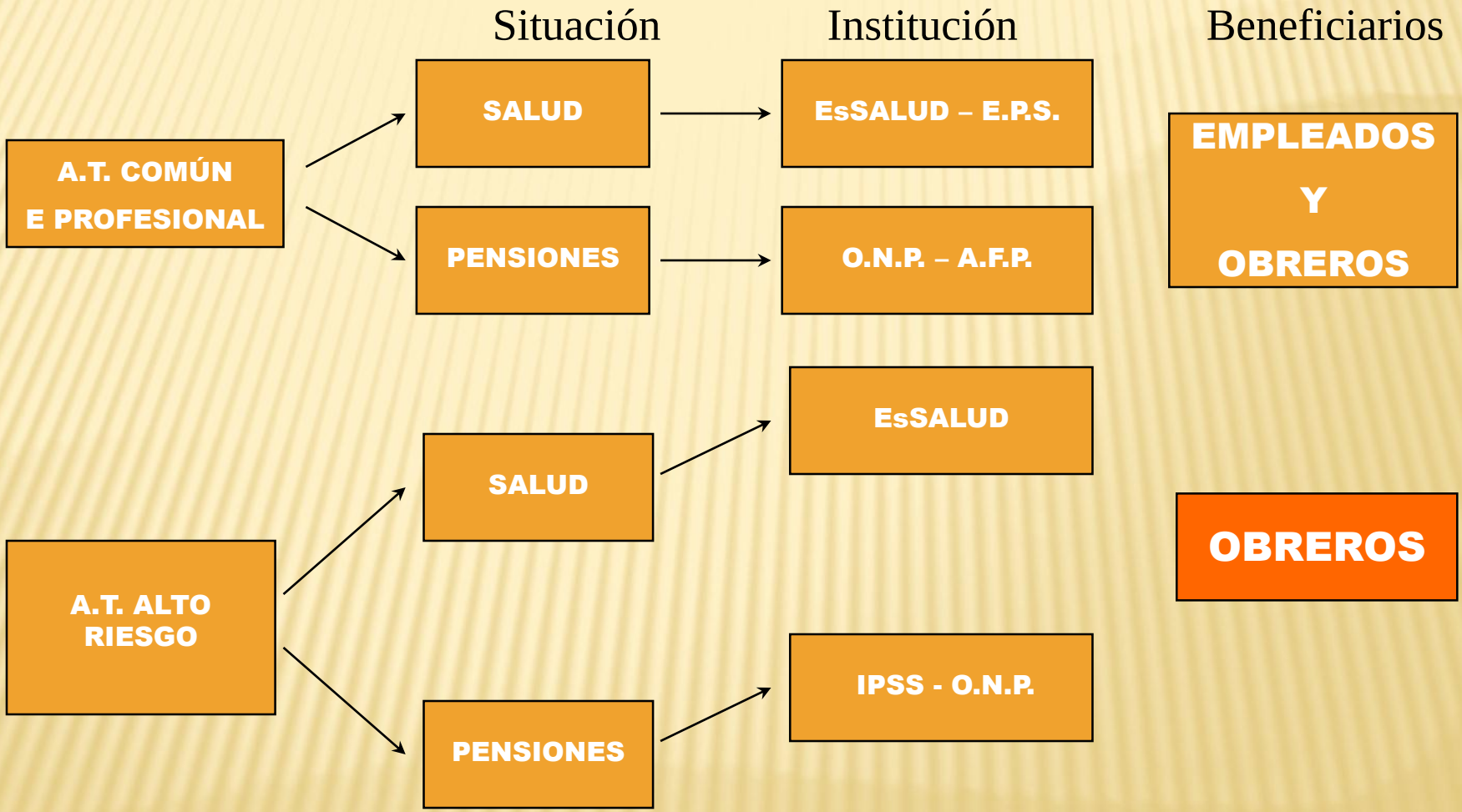
Pensiones Contributivas:

Son prestaciones económicas, cuya concesión está generalmente supeditada a una previa relación jurídica con la Seguridad Social (acreditar un período mínimo de cotización), siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos.

Su cuantía se determina en función de las aportaciones efectuadas por el trabajador.

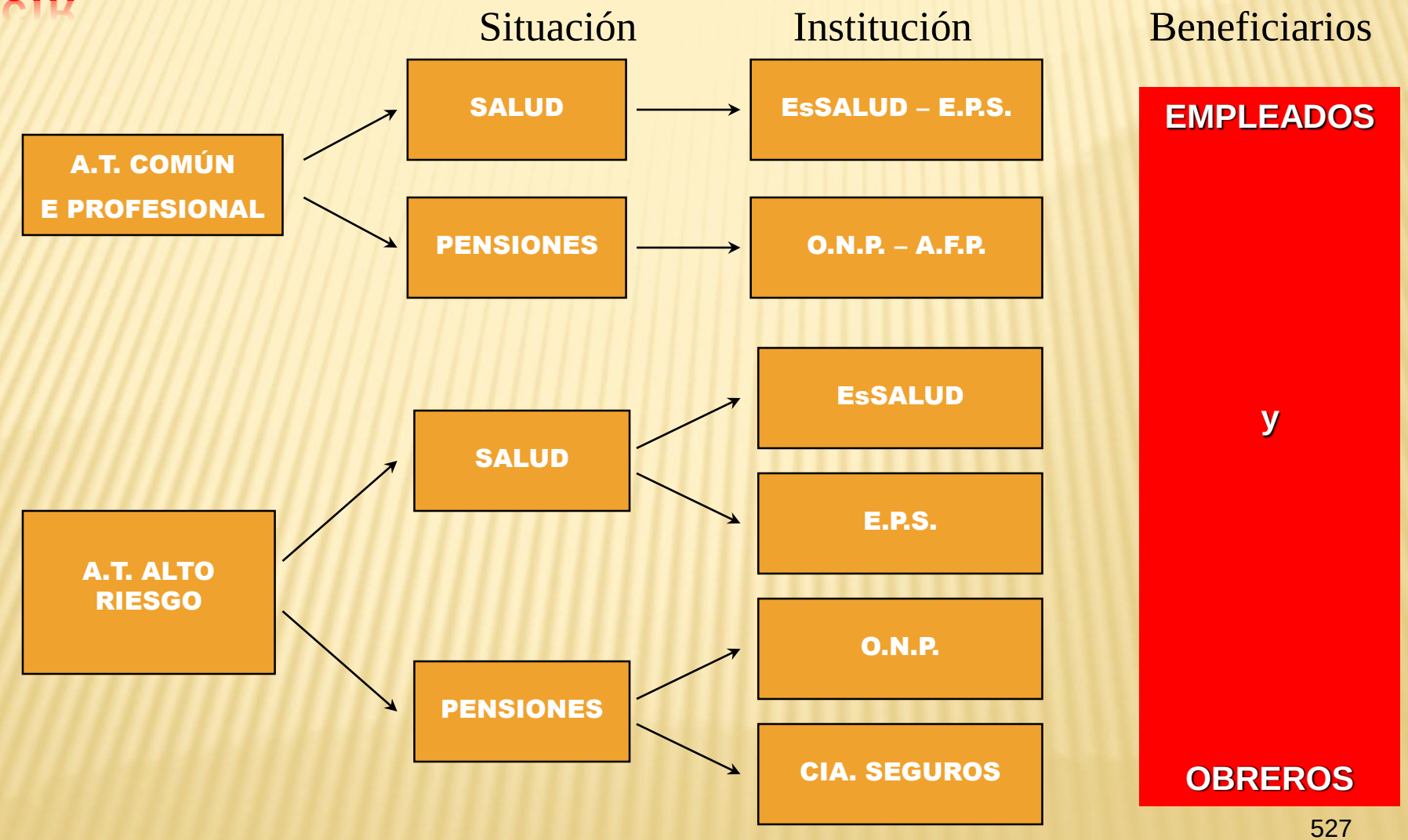
- Pensiones contributivas: dos tipos
- Sistema de Reparto: Consiste en otorgar prestaciones fijas y percibir contribuciones en donde los trabajadores activos financian a los jubilados.
  - La masa activa paga por la masa retirada
  - **Principio de solidaridad intergeneracional**
- Sistema de Capitalización Individual: Para el pago de las pensiones se debe juntar una cierta cantidad de dinero o capital en una cuenta personal, cuyo rendimiento, al ser invertido o colocado a interés, se aplica a las prestaciones y a la administración de las mismas.

¿QUIÉN SE BENEFICIABA CON LA "LEY 18846"
LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES"



¿ QUIÉN SE BENEFICIA CON LA LEY 26790 ?

LEY MODERNIZACIÓN SEGURIDAD SOCIAL, QUE CREA EN SU ART. 19° EL SCTR



RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDODL. Nº 1071

ARTÍCULO 64.- TRÁMITE DEL RECURSO

1 ADMISIÓN DEL RECURSO

- Se interpone ante la CORTE SUPERIOR COMPETENTE

- PLAZO: Dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo.

- Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral: PLAZO: Veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

2 EL RECURSO DE ANULACIÓN DEBE CONTENER:

✓La indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

✓Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder.

✓Las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original (Excepcionalmente)

✓Cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar su cumplimiento.

3 TRASLADO Y CONTESTACIÓN

➢La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los **DIEZ (10) DÍAS SIGUIENTES**, excepto en el caso previsto en el numeral 4 del artículo 66 en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece.

➢Traslado a parte contraria por el **PLAZO: VEINTE (20) DÍAS** para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

4 TRÁMITE Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los. **VEINTE (20) DÍAS SIGUIENTES**
- En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor **A SEIS (6) MESES** a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación.
- En caso contrario, resolverá dentro de **los VEINTE (20) DÍAS SIGUIENTES**.

5 RECURSO DE CASACIÓN

❖Contra lo resuelto por la Corte Superior **SÓLO PROCEDE RECURSO DE CASACIÓN ANTE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA**, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

LEY Nº 29497
PROCESO IMPUGNATIVO DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS

TRÁMITE DEL RECURSO (Artículo 50)

1 ADMISIÓN DE LA DEMANDA

- Se interpone ante la SALA LABORAL
- **PLAZO: DIEZ (10) DÍAS HÁBILES** siguientes de haberse notificado el laudo arbitral que haciendo las veces de convenio colectivo resuelve el conflicto económico o de creación de derechos, o su aclaración; en caso contrario, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.
- Esta resolución es **APELABLE EN EL PLAZO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES**. Los únicos medios probatorios admisibles en este proceso son los documentos, los cuales deben ser acompañados necesariamente con los escritos de demanda y contestación.

2 TRASLADO Y CONTESTACIÓN

✓La sala laboral emite resolución disponiendo:

a) La admisión de la demanda
b) el emplazamiento al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez (10) días hábiles; y
c) la notificación a los árbitros para que, de estimarlo conveniente y dentro del mismo plazo, expongan sobre lo que consideren conveniente.

3 TRÁMITE Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

➢La sala laboral, dentro de los **DIEZ (10) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES** de contestada la demanda, dicta sentencia por el solo mérito de los escritos de demanda, contestación y los documentos acompañados. Para tal efecto señala día y hora, dentro del plazo indicado, citando a las partes para alegatos y sentencia, lo cual se lleva a cabo de igual modo a lo regulado en el proceso ordinario laboral.

4 IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República **NO PROCEDE EL RECURSO DE CASACIÓN.**

DL. Nº 1071

- Admisión: 20 días de notificado el laudo arbitral
- Traslado: 20 días de admitido el recurso
- Vista de la causa: 20 días de vencido el plazo para absolver el traslado del recurso

LEY Nº 29497

- Admisión: 10 días de notificado el laudo arbitral
- Traslado: 10 días de admitido el recurso
- Vista de la causa: 10 días de contestada la demanda

POSICIONES

- **NO ES LABORAL:** Seguro de protección adicional a la Ley 4916 y D.LEY 668 sobre seguro de vida.
- Pretensión es sobre Seguridad social, no tiene cotización por parte del trabajador
- Pensiones: sin regulación en el art. 3 de la ley 29497: Impugnación de laudo laboral

- Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo
- La pretensión es contenciosa previsional y tiene su regulación expresa en el supuesto de competencia
  - i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.

LEY N°29497 - NLPT

- **Artículo II.- Ámbito de la justicia laboral**

  Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo. Tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

LEY N°29497 - NLPT

- Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

  Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

  (...) Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

  i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.

  j) El Sistema Privado de Pensiones.

LEY N°29497 - NLPT

- Art. 2.- (...)

  4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o **de seguridad social**, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Ley 29497. “Nueva Ley Procesal de Trabajo”

NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

LEY Nº 29497

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:

El Congreso de la República
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Principios del proceso laboral
El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Artículo II.- Ámbito de la justicia laboral
Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo. Tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Artículo III.- Fundamentos del proceso laboral
En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.
Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la inconducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.
El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral
Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I

COMPETENCIA

Artículo 1.- Competencia por materia de los juzgados de paz letrados laboral
Los juzgados de paz letrados laborales conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP) originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

2. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía no supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP); salvo tratándose de la cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones retenidos por el empleador, en cuyo caso son competentes con prescindencia de la cuantía.

3. Los asuntos no contenciosos, sin importar la cuantía.

Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo
Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.
Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.

b) La responsabilidad por daño patrimonial o extramatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.

e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.

f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.

g) Los conflictos vinculados a una organización sindical y entre organizaciones sindicales, incluida su disolución.
h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.

i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.

j) El Sistema Privado de Pensiones.

k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral; y

l) aquellas materias que, a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario laboral. Conoce las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.

3. En proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.

4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.

5. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

Artículo 3.- Competencia por materia de las salas laborales superior Las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, en las materias siguientes:

1. Proceso de acción popular en materia laboral, a ser tramitado conforme a la ley que regula los procesos constitucionales.

2. Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a la ley de arbitraje.

3. Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente
Ley.

4. Contienda de competencia promovida entre juzgados de trabajo y entre éstos y otros juzgados de distinta especialidad del mismo distrito judicial.

5. Conflictos de autoridad entre los juzgados de trabajo y autoridades administrativas en los casos previstos por la ley.

6. Las demás que señale la ley.

Artículo 4.- Competencia por función

4.1 La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República es competente para conocer de los siguientes recursos:

a) Del recurso de casación;

b) del recurso de apelación de las resoluciones pronunciadas por las salas laborales en primera instancia; y

c) del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación o por haber sido concedido en efecto distinto al establecido en la ley.

4.2 Las salas laborales de las cortes superiores son competentes para conocer de los siguientes recursos:

a) Del recurso de apelación contra las resoluciones expedidas por los juzgados laborales; y

b) del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación o por haber sido concedido en efecto distinto al establecido en la ley.

4.3 Los juzgados especializados de trabajo son competentes para conocer de los siguientes recursos:

a) Del recurso de apelación contra las resoluciones expedidas por los juzgados de paz letrados en materia laboral; y

b) del recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación o por haber sido concedido en efecto distinto al establecido en la ley.

Artículo 5.- Determinación de la cuantía
La cuantía está determinada por la suma de todos los extremos contenidos en la demanda, tal como hayan sido liquidados por el demandante.
Los intereses, las costas, los costos y los conceptos que se devenguen con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda no se consideran en la determinación de la cuantía.

Artículo 6.- Competencia por territorio
A elección del demandante es competente el juez del lugar del domicilio principal del demandado o el del último lugar donde se prestaron los servicios.
Si la demanda está dirigida contra quien prestó los servicios, sólo es competente el juez del domicilio de éste.
En la impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva es competente la sala laboral del lugar donde se expidió el laudo.
La competencia por razón de territorio sólo puede ser prorrogada cuando resulta a favor del prestador de servicios.

Artículo 7.- Regulación en caso de incompetencia

7.1 El demandado puede cuestionar la competencia del juez por razón de la materia, cuantía, grado y territorio mediante excepción. Sin perjuicio de ello el juez, en cualquier estado y grado del proceso, declara, de oficio, la nulidad de lo actuado y la remisión al órgano jurisdiccional competente si determina su incompetencia por razón de materia, cuantía, grado, función o territorio no prorrogado.

7.2 Tratándose del cuestionamiento de la competencia del juez por razón de territorio, el demandado puede optar, excluyentemente, por oponer la incompetencia como excepción o como contienda. La competencia de los jueces de paz letrados sólo se cuestiona mediante excepción.

7.3 La contienda de competencia entre jueces de trabajo y entre éstos y otros juzgados de distinta especialidad del mismo distrito judicial la dirime la sala laboral de la corte superior correspondiente. Tratándose de juzgados de diferentes distritos judiciales, la dirime la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

CAPÍTULO II

COMPARECENCIA

Artículo 8.- Reglas especiales de comparecencia
8.1 Los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal. En el caso de que un menor de catorce (14) años comparezca al proceso sin representante legal, el juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

8.2 Los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados.

8.3 Los sindicatos actúan en defensa de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; sin embargo, en la demanda o contestación debe identificarse individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. En este caso, el empleador debe poner en conocimiento de los trabajadores la demanda interpuesta. La inobservancia de este deber no afecta la prosecución del proceso.
La representación del sindicato no habilita al cobro de los derechos económicos que pudiese reconocerse a favor de los afiliados.

Artículo 9.- Legitimación especial
9.1 Las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

9.2 Cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

Artículo 10.- Defensa pública a cargo del Ministerio de Justicia
La madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad que trabajan tienen derecho a la defensa pública, regulada por la ley de la materia.

CAPÍTULO III

ACTUACIONES PROCESALES

Subcapítulo I

Reglas de conducta y oralidad

Artículo 11.- Reglas de conducta en las audiencias
En las audiencias el juez cuida especialmente que se observen las siguientes reglas de conducta:

a) Respeto hacia el órgano jurisdiccional y hacia toda persona presente en la audiencia. Está prohibido agraviar, interrumpir mientras se hace uso de la palabra, usar teléfonos celulares u otros análogos sin autorización del juez, abandonar injustificadamente la sala de audiencia, así como cualquier expresión de aprobación o censura.

b) Colaboración en la labor de impartición de justicia. Merece sanción alegar hechos falsos, ofrecer medios probatorios inexistentes, obstruir la actuación de las pruebas, generar dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia, o desobedecer las órdenes dispuestas por el juez.

Artículo 12.- Prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias
12.1 En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento. Las actuaciones realizadas en audiencia, salvo la etapa de conciliación, son registradas en audio y vídeo utilizando cualquier medio apto que permita garantizar fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Las partes tienen derecho a la obtención de las respectivas copias en soporte electrónico, a su costo.

12.2 La grabación se incorpora al expediente. Adicionalmente, el juez deja constancia en acta únicamente de lo siguiente: identificación de todas las personas que participan en la audiencia, de los medios probatorios que se hubiesen admitido y actuado, la resolución que suspende la audiencia, los incidentes extraordinarios y el fallo de la sentencia o la decisión de diferir su expedición. Si no se dispusiese de medios de grabación electrónicos, el registro de las exposiciones orales se efectúa haciendo constar, en acta, las ideas centrales expuestas.

Subcapítulo II

Notificaciones

Artículo 13.- Notificaciones en los procesos laborales
Las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso se efectúan mediante sistemas de comunicación electrónicos u otro medio idóneo que permita confirmar fehacientemente su recepción, salvo cuando se trate de las resoluciones que contengan el traslado de la demanda, la admisión de un tercero con interés, una medida cautelar, la sentencia en los procesos diferentes al ordinario, abreviado y de impugnación de laudos arbitrales económicos. Las resoluciones mencionadas se notifican mediante cédula.
Para efectos de la notificación electrónica, las partes deben consignar en la demanda o en su contestación una dirección electrónica, bajo apercibimiento de declararse la inadmisibilidad de tales actos postulatorios. La notificación electrónica surte efectos desde el día siguiente que llega a la dirección electrónica.
En las zonas de pobreza decretadas por los órganos de gobierno del Poder Judicial, así como en los procesos cuya cuantía no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) las resoluciones son notificadas por cédula, salvo que se solicite la notificación electrónica. Las notificaciones por cédula fuera del distrito judicial son realizadas directamente a la sede judicial de destino.
Las resoluciones dictadas en audiencia se entienden notificadas a las partes, en el acto.

Subcapítulo III

Costas y costos

Artículo 14.- Costas y costos
La condena en costas y costos se regula conforme a la norma procesal civil. El juez exonera al prestador de servicios de costas y costos si las pretensiones reclamadas no superan las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP), salvo que la parte hubiese obrado con temeridad o mala fe. También hay exoneración si, en cualquier tipo de pretensión, el juez determina que hubo motivos razonables para demandar.

Subcapítulo IV

Multas

Artículo 15.- Multas
En los casos de temeridad o mala fe procesal el juez tiene el deber de imponer a las partes, sus representantes y los abogados una multa no menor de media (1/2) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).
La multa por temeridad o mala fe es independiente de aquella otra que se pueda imponer por infracción a las reglas de conducta a ser observadas en las audiencias.
La multa por infracción a las reglas de conducta en las audiencias es no menor de media (1/2) ni mayor de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP).
Adicionalmente a las multas impuestas, el juez debe remitir copias de las actuaciones respectivas a la presidencia de la corte superior, al Ministerio
Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.
Existe responsabilidad solidaria entre las partes, sus representantes y sus abogados por las multas impuestas a cualquiera de ellos. No se extiende la responsabilidad solidaria al prestador de servicios.

El juez sólo puede exonerar de la multa por temeridad o mala fe si el proceso concluye por conciliación judicial antes de la sentencia de segunda instancia, en resolución motivada.
El juez puede imponer multa a los testigos o peritos, no menor de media (1/2) ni mayor de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP) cuando éstos, habiendo sido notificados excepcionalmente por el juzgado, insisten sin justificación a la audiencia ordenada de oficio por el juez.

Subcapítulo V

Admisión y procedencia

Artículo 16.- Requisitos de la demanda
La demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, con las siguientes precisiones:

a) Debe incluirse, cuando corresponda, la indicación del monto total del petitorio, así como el monto de cada uno de los extremos que integren la demanda; y

b) no debe incluirse ningún pliego dirigido a la contraparte, los testigos o los peritos; sin embargo, debe indicarse la finalidad de cada medio de prueba.
El demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso.
Cuando el proceso es iniciado por más de un demandante debe designarse a uno de ellos para que los represente y señalarse un domicilio procesal único.
Los prestadores de servicios pueden comparecer al proceso sin necesidad de abogado cuando el total reclamado no supere las diez (10) Unidades de Referencia Procesal (URP). Cuando supere este límite y hasta las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) es facultad del juez, atendiendo a las circunstancias del caso, exigir o no la comparecencia con abogado. En los casos en que se comparezca sin abogado debe emplearse el formato de demanda aprobado por el Poder Judicial.

Artículo 17.- Admisión de la demanda
El juez verifica el cumplimiento de los requisitos de la demanda dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibida. Si observa el incumplimiento de alguno de los requisitos, concede al demandante cinco (5) días hábiles para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de declararse la conclusión del proceso y el archivo del expediente. La resolución que disponga la conclusión del proceso es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles.
Excepcionalmente, en el caso de que la improcedencia de la demanda sea notoria, el juez la rechaza de plano en resolución fundamentada. La resolución es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes.

Artículo 18.- Demanda de liquidación de derechos individuales
Cuando en una sentencia se declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados pueden iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

En el proceso individual de liquidación del derecho reconocido es improcedente negar el hecho declarado lesivo en la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República. El demandado puede, en todo caso, demostrar que el demandante no se encuentra en el ámbito fáctico recogido en la sentencia.

Artículo 19.- Requisitos de la contestación
La contestación de la demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, sin incluir ningún pliego dirigido a la contraparte, los testigos o los peritos; sin embargo, debe indicarse la finalidad de cada medio de prueba. La contestación contiene todas las defensas procesales y de fondo que el demandado estime convenientes. Si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos.
LA RECONVENCIÓN ES IMPROCEDENTE.

Artículo 20.- Caso especial de procedencia
En el caso de pretensiones referidas a la prestación personal de servicios, de naturaleza laboral o administrativa de derecho público, no es exigible el agotamiento de la vía administrativa establecida según la legislación general del procedimiento administrativo, salvo que en el correspondiente régimen se haya establecido un procedimiento previo ante un órgano o tribunal específico, en cuyo caso debe recurrirse ante ellos antes de acudir al proceso contencioso administrativo.

Subcapítulo VI

Actividad probatoria

Artículo 21.- Oportunidad
Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes únicamente en la demanda y en la contestación. Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad.
Las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que, en dicho momento, corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias. Esta actividad de las partes se desarrolla bajo su responsabilidad y costo, sin necesidad de citación del juzgado y sin perjuicio de que el juez los admita o rechace en el momento. La inasistencia de los testigos o peritos, así como la falta de presentación de documentos, no impide al juez pronunciar sentencia si, sobre la base de la prueba actuada, los hechos necesitados de prueba quedan acreditados.
En ningún caso, fuera de las oportunidades señaladas, la presentación extemporánea de medios probatorios acarrea la nulidad de la sentencia apelada. Estos medios probatorios no pueden servir de fundamento de la sentencia.

Artículo 22.- Prueba de oficio
Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable.
Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.

Artículo 23.- Carga de la prueba

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que
configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.

c) La existencia del daño alegado.

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.

c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

Artículo 24.- Forma de los interrogatorios
El interrogatorio a las partes, testigos, peritos y otros es realizado por el juez de manera libre, concreta y clara, sin seguir ningún ritualismo o fórmula preconstituida. Para su actuación no se requiere de la presentación de pliegos de preguntas. No se permite leer las respuestas, pero sí consultar documentos de apoyo. Los abogados de las partes también pueden preguntar o solicitar aclaraciones, bajo las mismas reglas de apertura y libertad. El juez guía la actuación probatoria con vista a los principios de oralidad, inmediación, concentración, celeridad y economía procesal. Impide que esta se desnaturalice sancionando las conductas temerarias, dilatorias, obstructivas o contrarias al deber de veracidad.

Artículo 25.- Declaración de parte
La parte debe declarar personalmente. Las personas jurídicas prestan su declaración a través de cualquiera de sus representantes, quienes tienen el deber de acudir informados sobre los hechos que motivan el proceso.

Artículo 26.- Declaración de testigos

Los testigos no presencian el desarrollo de la audiencia y solo ingresan a ella en el momento que les corresponda.
El secretario del juzgado expide al testigo una constancia de asistencia a fin de acreditar el cumplimiento de su deber ciudadano. Tratándose de un trabajador, dicha constancia sirve para sustentar ante su empleador la inasistencia y el pago de la remuneración por el tiempo de ausencia.

Artículo 27.- Exhibición de planillas
La exhibición de las planillas manuales se tiene por cumplida con la presentación de las copias legalizadas correspondientes a los períodos necesitados de prueba.
La exhibición de las planillas electrónicas es ordenada por el juez al funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de brindar tal información. Es improcedente la tacha de la información de las planillas electrónicas remitida por dicho funcionario, sin perjuicio de la responsabilidad penal o funcional que las partes puedan hacer valer en la vía correspondiente.
Las partes pueden presentar copias certificadas expedidas por el
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de la información contenida en las planillas electrónicas, en lugar de la exhibición electrónica.

Artículo 28.- Pericia
Los peritos no presencian el desarrollo de la audiencia y solo ingresan a ella en el momento que corresponda efectuar su exposición. Los informes contables practicados por los peritos adscritos a los juzgados de trabajo y juzgados de paz letrados tienen la finalidad de facilitar al órgano jurisdiccional la información necesaria para calcular, en la sentencia, los montos de los derechos que ampara, por lo que esta pericia no se ofrece ni se actúa como medio probatorio.

Artículo 29.- Presunciones legales derivadas de la conducta de las partes
El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.
Entre otras circunstancias, se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar, o responde evasivamente.

Subcapítulo VII

FORMAS ESPECIALES DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO

Artículo 30.- Formas especiales de conclusión del proceso
El proceso laboral puede concluir, de forma especial, por conciliación, allanamiento, reconocimiento de la demanda, transacción, desistimiento o abandono. También concluye cuando ambas partes insisten por segunda vez a cualquiera de las audiencias programadas en primera instancia.
La conciliación y la transacción pueden ocurrir dentro del proceso, cualquiera sea el estado en que se encuentre, hasta antes de la notificación de la sentencia con calidad de cosa juzgada. El juez puede en cualquier momento invitar a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin que su participación implique prejuzgamiento y sin que lo manifestado por las partes se considere declaración. Si ambas partes concurren al juzgado llevando un acuerdo para poner fin al proceso, el juez le da trámite preferente en el día.

Para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso debe superar el test de disponibilidad de derechos, para lo cual se toman los siguientes criterios:

a) El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles;

b) debe ser adoptado por el titular del derecho; y

c) debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante.
Los acuerdos conciliatorios y transaccionales también pueden darse independientemente de que exista un proceso en trámite, en cuyo caso no requieren ser homologados para su cumplimiento o ejecución. La demanda de nulidad del acuerdo es improcedente si el demandante lo ejecutó en la vía del proceso ejecutivo habiendo adquirido, de ese modo, la calidad de cosa juzgada.
El abandono del proceso se produce transcurridos cuatro (4) meses sin que se realice acto que lo impulse. El juez declara el abandono a pedido de parte o de tercero legitimado, en la segunda oportunidad que se solicite, salvo que en la primera vez el demandante no se haya opuesto al abandono o no haya absuelto el traslado conferido.

Subcapítulo VIII

Sentencia

Artículo 31.- Contenido de la sentencia
El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión. La existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho.
La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.
Tratándose de pretensiones con pluralidad de demandantes o demandados, el juez debe pronunciarse expresamente por los derechos y obligaciones concretos que corresponda a cada uno de ellos.
El pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia.

Subcapítulo IX

MEDIOS IMPUGNATORIOS

Artículo 32.- Apelación de la sentencia en los procesos ordinario, abreviado y de impugnación de laudos arbitrales económicos
El plazo de apelación de la sentencia es de cinco (5) días hábiles y empieza a correr desde el día hábil siguiente de la audiencia o de citadas las partes para su notificación.

Artículo 33.- Trámite en segunda instancia y audiencia de vista de la causa en los procesos ordinario, abreviado y de impugnación de laudos arbitrales económicos
Interpuesta la apelación, el juez remite el expediente a segunda instancia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

El órgano jurisdiccional de segunda instancia realiza las siguientes actividades:

a) Dentro de los cinco (5) días hábiles de recibido el expediente fija día y hora para la celebración de la audiencia de vista de la causa. La audiencia de vista de la causa debe fijarse entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes de recibido el expediente.

b) El día de la audiencia de vista, concede el uso de la palabra al abogado de la parte apelante a fin de que exponga sintéticamente los extremos apelados y los fundamentos en que se sustentan; a continuación, cede el uso de la palabra al abogado de la parte contraria. Puede formular preguntas a las partes y sus abogados a lo largo de las exposiciones orales.

c) Concluida la exposición oral, dicta sentencia inmediatamente o luego de sesenta (60) minutos, expresando el fallo y las razones que lo sustentan, de modo lacónico. Excepcionalmente, puede diferir su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En ambos casos, al finalizar la audiencia señala día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la sentencia, bajo responsabilidad. La citación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrada la audiencia de vista.
d) Si las partes no concurren a la audiencia de vista, la sala, sin necesidad de citación, notifica la sentencia al quinto día hábil siguiente, en su despacho.

Artículo 34.- Causales del recurso de casación
El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

Artículo 35.- Requisitos de admisibilidad del recurso de casación
El recurso de casación se interpone:

1. Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso. En el caso de sentencias el monto total reconocido en ella debe superar las cien (100) Unidades de Referencia Procesal (URP). No procede el recurso contra las resoluciones que ordenan a la instancia inferior emitir un nuevo pronunciamiento.

2. Ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada. La sala superior debe remitir el expediente a la Sala Suprema, sin más trámite, dentro del plazo de tres (3) días hábiles.

3. Dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de notificada la resolución que se impugna.

4. Adjuntando el recibo de la tasa respectiva. Si el recurso no cumple con este requisito, la Sala Suprema concede al impugnante un plazo de tres (3) días hábiles para subsanarlo. Vencido el plazo sin que se produzca la subsanación, se rechaza el recurso.

Artículo 36.- Requisitos de procedencia del recurso de casación
Son requisitos de procedencia del recurso de casación:

1. Que el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso.

2. Describir con claridad y precisión la infracción normativa o el apartamiento de los precedentes vinculantes.

3. Demostrar la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión impugnada.

4. Indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio. Si fuese anulatorio, se precisa si es total o parcial, y si es este último, se indica hasta dónde debe alcanzar la nulidad. Si fuera revocatorio, se precisa en qué debe consistir la actuación de la sala. Si el recurso contuviera ambos pedidos, debe entenderse el anulatorio como principal y el revocatorio como subordinado.

Artículo 37.- Trámite del recurso de casación
Recibido el recurso de casación, la Sala Suprema procede a examinar el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 35 y 36 y resuelve declarando inadmisible, procedente o improcedente el recurso, según sea el caso.
Declarado procedente el recurso, la Sala Suprema fija fecha para la vista de la causa.
Las partes pueden solicitar informe oral dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que fija fecha para vista de la causa.
Concluida la exposición oral, la Sala Suprema resuelve el recurso inmediatamente o luego de sesenta (60) minutos, expresando el fallo.
Excepcionalmente, se resuelve dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. En ambos casos, al finalizar la vista de la causa se señala día y hora para que las partes comparezcan ante el despacho para la notificación de la resolución, bajo responsabilidad. La citación debe realizarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de celebrada la vista de la causa.
Si no se hubiese solicitado informe oral o habiéndolo hecho no se concurre a la vista de la causa, la Sala Suprema, sin necesidad de citación, notifica la sentencia al quinto día hábil siguiente en su despacho.

Artículo 38.- Efecto del recurso de casación
La interposición del recurso de casación no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, solo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el juez de la demanda suspende la ejecución en resolución fundamentada e inimpugnable.
El importe total reconocido incluye el capital, los intereses del capital a la fecha de interposición del recurso, los costos y costas, así como los intereses estimados que, por dichos conceptos, se devenguen hasta dentro de un (1) año de interpuesto el recurso. La liquidación del importe total reconocido es efectuada por un perito contable.
En caso de que el demandante tuviese trabada a su favor una medida cautelar, debe notificársele a fin de que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, elija entre conservar la medida cautelar trabada o sustituirla por el depósito o la carta fianza ofrecidos. Si el demandante no señala su elección en el plazo concedido, se entiende que sustituye la medida cautelar por el depósito o la carta fianza. En cualquiera de estos casos, el juez de la demanda dispone la suspensión de la ejecución.

Artículo 39.- Consecuencias del recurso de casación declarado fundado

Si el recurso de casación es declarado fundado, la Sala Suprema casa la resolución recurrida y resuelve el conflicto sin devolver el proceso a la instancia inferior. El pronunciamiento se limita al ámbito del derecho conculcado y no abarca, si los hubiere, los aspectos de cuantía económica, los cuales deben ser liquidados por el juzgado de origen.
En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y, en ese caso, ordena que la sala laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió.

Artículo 40.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República
La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.
La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

Artículo 41.- Publicación de sentencias
El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso de casación se publican obligatoriamente en el diario oficial El Peruano, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta (60) días de expedidas, bajo responsabilidad.

TÍTULO II

PROCESOS LABORALES

CAPÍTULO I

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Artículo 42.- Traslado y citación a audiencia de conciliación
Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo:

a) La admisión de la demanda;

b) la citación a las partes a audiencia de conciliación, la cual debe ser fijada en día y hora entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda; y

c) el emplazamiento al demandado para que concurra a la audiencia de conciliación con el escrito de contestación y sus anexos.

Artículo 43.- Audiencia de conciliación
La audiencia de conciliación se lleva a cabo del siguiente modo:

1. La audiencia, inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados. Si el demandante no asiste, el demandado puede contestar la demanda, continuando la audiencia. Si el demandado no asiste incurre automáticamente en rebeldía, sin necesidad de declaración expresa, aun cuando la pretensión se sustente en un derecho indisponible. También incurre en rebeldía automática si, asistiendo a la audiencia, no contesta la demanda o el representante o apoderado no tiene poderes suficientes para conciliar. El rebelde se incorpora al proceso en el estado en que se encuentre, sin posibilidad de renovar los actos previos.
Si ambas partes insisten, el juez declara la conclusión del proceso si, dentro de los treinta (30) días naturales siguientes, ninguna de las partes hubiese solicitado fecha para nueva audiencia.

2. El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente.
Por decisión de las partes la conciliación puede prolongarse lo necesario hasta que se dé por agotada, pudiendo incluso continuar los días hábiles siguientes, cuantas veces sea necesario, en un lapso no mayor de un (1) mes.
Si las partes acuerdan la solución parcial o total de su conflicto el juez, en el acto, aprueba lo acordado con efecto de cosa juzgada; asimismo, ordena el cumplimiento de las prestaciones acordadas en el plazo establecido por las partes o, en su defecto, en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes. Del mismo modo, si algún extremo no es controvertido, el juez emite resolución con calidad de cosa juzgada ordenando su pago en igual plazo.

3. En caso de haberse solucionado parcialmente el conflicto, o no haberse solucionado, el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio; requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos; entrega una copia al demandante; y fija día y hora para la audiencia de juzgamiento, la cual debe programarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, quedando las partes notificadas en el acto.
Si el juez advierte, haya habido o no contestación, que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, solicita a los abogados presentes exponer sus alegatos, a cuyo término, o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, dicta el fallo de su sentencia. La notificación de la sentencia se realiza de igual modo a lo regulado para el caso de la sentencia dictada en la audiencia de juzgamiento.

Artículo 44.- Audiencia de juzgamiento
La audiencia de juzgamiento se realiza en acto único y concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia.
La audiencia de juzgamiento se inicia con la acreditación de las partes o apoderados y sus abogados. Si ambas partes inasisten, el juez declara la conclusión del proceso si, dentro de los treinta (30) días naturales siguientes, ninguna de las partes hubiese solicitado fecha para nueva audiencia.

Artículo 45.- Etapa de confrontación de posiciones
La etapa de confrontación de posiciones se inicia con una breve exposición oral de las pretensiones demandadas y de los fundamentos de hecho que las sustentan.
Luego, el demandado hace una breve exposición oral de los hechos que, por razones procesales o de fondo, contradicen la demanda.

Artículo 46.- Etapa de actuación probatoria

La etapa de actuación probatoria se lleva a cabo del siguiente modo:

1. El juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por ley, recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada o notorios; así como los medios probatorios dejados de lado por estar dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.

2. El juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria.

3. Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa.

4. El juez toma juramento conjunto a todos los que vayan a participar en esta etapa.

5. Se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias, empezando por los ofrecidos por el demandante, en el orden siguiente: declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos. Si agotada la actuación de estos medios probatorios fuese imprescindible la inspección judicial, el juez suspende la audiencia y señala día, hora y lugar para su realización citando, en el momento, a las partes, testigos o peritos que corresponda. La inspección judicial puede ser grabada en audio y vídeo o recogida en acta con anotación de las observaciones constatadas; al concluirse, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes para los alegatos y sentencia.

6. La actuación probatoria debe concluir en el día programado; sin embargo, si la actuación no se hubiese agotado, la audiencia continúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

Artículo 47.- Alegatos y sentencia
Finalizada la actuación probatoria, los abogados presentan oralmente sus alegatos. Concluidos los alegatos, el juez, en forma inmediata o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, hace conocer a las partes el fallo de su sentencia. A su vez, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para la notificación de la sentencia. Excepcionalmente, por la complejidad del caso, puede diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores, lo cual informa en el acto citando a las partes para que comparezcan al juzgado para la notificación de la sentencia.
La notificación de la sentencia debe producirse en el día y hora indicados, bajo responsabilidad.

CAPÍTULO II

PROCESO ABREVIADO LABORAL

Artículo 48.- Traslado y citación a audiencia única
Verificados los requisitos de la demanda, el juez emite resolución disponiendo:

a) La admisión de la demanda;

b) el emplazamiento al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez (10) días hábiles; y

c) la citación a las partes a audiencia única, la cual debe ser fijada entre los veinte (20) y treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda.

Artículo 49.- Audiencia única
La audiencia única se estructura a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones:

1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos.

2. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente.

CAPÍTULO III

PROCESO IMPUGNATIVO DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS

Artículo 50.- Admisión de la demanda
Además de los requisitos de la demanda, la sala laboral verifica si esta se ha interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haberse notificado el laudo arbitral que haciendo las veces de convenio colectivo resuelve el conflicto económico o de creación de derechos, o su aclaración; en caso contrario, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.
Esta resolución es apelable en el plazo de cinco (5) días hábiles. Los únicos medios probatorios admisibles en este proceso son los documentos, los cuales deben ser acompañados necesariamente con los escritos de demanda y contestación.

Artículo 51.- Traslado y contestación
Verificados los requisitos de la demanda, la sala laboral emite resolución disponiendo:

a) La admisión de la demanda;

b) el emplazamiento al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez (10) días hábiles; y

c) la notificación a los árbitros para que, de estimarlo conveniente y dentro del mismo plazo, expongan sobre lo que consideren conveniente.

Artículo 52.- Trámite y sentencia de primera instancia

La sala laboral, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de contestada la demanda, dicta sentencia por el solo mérito de los escritos de demanda, contestación y los documentos acompañados. Para tal efecto señala día y hora, dentro del plazo indicado, citando a las partes para alegatos y sentencia, lo cual se lleva a cabo de igual modo a lo regulado en el proceso ordinario laboral.

Artículo 53.- Improcedencia del recurso de casación
Contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República no procede el recurso de casación.

CAPÍTULO IV

PROCESO CAUTELAR

Artículo 54.- Aspectos generales
A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte.
Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal.
En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales.

Artículo 55.- Medida especial de reposición provisional
El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos:

a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad;

b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; y

c) el fundamento de la demanda es verosímil. Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia.

Artículo 56.- Asignación provisional
De modo especial, en los procesos en los que se pretende la reposición, el juez puede disponer la entrega de una asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Si la sentencia firme ordena la reposición, el empleador restituye el depósito más sus intereses y, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, se deduce la asignación percibida.

CAPÍTULO V

PROCESO DE EJECUCIÓN

Artículo 57.- Títulos ejecutivos
Se tramitan en proceso de ejecución los siguientes títulos ejecutivos:

a) Las resoluciones judiciales firmes;

b) las actas de conciliación judicial;

c) los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia, resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral;

d) las resoluciones de la autoridad administrativa de trabajo firmes que reconocen obligaciones;

e) el documento privado que contenga una transacción extrajudicial;

f) el acta de conciliación extrajudicial, privada o administrativa; y

g) la liquidación para cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones.

Artículo 58.- Competencia para la ejecución de resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación judicial
Las resoluciones judiciales firmes y actas de conciliación judicial se ejecutan exclusivamente ante el juez que conoció la demanda y dentro del mismo expediente. Si la demanda se hubiese iniciado ante una sala laboral, es competente el juez especializado de trabajo de turno.

Artículo 59.- Ejecución de laudos arbitrales firmes que resuelven un conflicto jurídico
Los laudos arbitrales firmes que hayan resuelto un conflicto jurídico de naturaleza laboral se ejecutan conforme a la norma general de arbitraje.

Artículo 60.- Suspensión extraordinaria de la ejecución
Tratándose de la ejecución de intereses o de monto liquidado en ejecución de sentencia, a solicitud de parte y previo depósito o carta fianza por el total ordenado, el juez puede suspender la ejecución en resolución fundamentada.

Artículo 61.- Multa por contradicción temeraria
Si la contradicción no se sustenta en alguna de las causales señaladas en la norma procesal civil, se impone al ejecutado una multa no menor de media (1/2) ni mayor de cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).
Esta multa es independiente a otras que se pudiesen haber impuesto en otros momentos procesales.

Artículo 62.- Incumplimiento injustificado al mandato de ejecución
Tratándose de las obligaciones de hacer o no hacer si, habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no cumple, sin que se haya ordenado la suspensión extraordinaria de la ejecución, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento (30%) hasta que el obligado cumpla el mandato; y, si persistiera el incumplimiento, procede a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad.

Artículo 63.- Cálculo de derechos accesorios

Los derechos accesorios a los que se ejecutan, como las remuneraciones devengadas y los intereses, se liquidan por la parte vencedora, la cual puede solicitar el auxilio del perito contable adscrito al juzgado o recurrir a los programas informáticos de cálculo de intereses implementados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
La liquidación presentada es puesta en conocimiento del obligado por el término de cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. En caso de que la observación verse sobre aspectos metodológicos de cálculo, el obligado debe necesariamente presentar una liquidación alternativa.
Vencido el plazo el juez, con vista a las liquidaciones que se hubiesen presentado, resuelve acerca del monto fundamentándolo. Si hubiese acuerdo parcial, el juez ordena su pago inmediatamente, reservando la discusión sólo respecto del diferencial.

CAPÍTULO VI

PROCESOS NO CONTENCIOSOS

Artículo 64.- Consignación
La consignación de una obligación exigible no requiere que el deudor efectúe previamente su ofrecimiento de pago, ni que solicite autorización del juez para hacerlo.

Artículo 65.- Contradicción
El acreedor puede contradecir el efecto cancelatorio de la consignación en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificado. Conferido el traslado y absuelto el mismo, el juez resuelve lo que corresponda o manda reservar el pronunciamiento para que se decida sobre su efecto cancelatorio en el proceso respectivo.

Artículo 66.- Retiro de la consignación
El retiro de la consignación se hace a la sola petición del acreedor, sin trámite alguno, incluso si hubiese formulado contradicción. El retiro de la consignación surte los efectos del pago, salvo que el acreedor hubiese formulado contradicción.
Artículo 67.- Autorización judicial para ingreso a centro laboral En los casos en que las normas de inspección del trabajo exigen autorización judicial previa para ingresar a un centro de trabajo, esta es tramitada por el inspector de trabajo o funcionario que haga sus veces. Para tal efecto debe presentar, ante el juzgado de paz letrado de su ámbito territorial de actuación, la respectiva solicitud. Esta debe resolverse, bajo responsabilidad, en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado.

Artículo 68.- Entrega de documentos
La mera solicitud de entrega de documentos se sigue como proceso no contencioso siempre que ésta se tramite como pretensión única. Cuando se presente acumuladamente, se siguen las reglas establecidas para las otras pretensiones.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- En lo no previsto por esta Ley son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil.

SEGUNDA.- Cuando la presente Ley hace referencia a los juzgados especializados de trabajo y a las salas laborales, entiéndase que también se alude a los juzgados y salas mixtos.

TERCERA.- Los procesos iniciados antes de la vigencia de esta Ley continúan su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron.

CUARTA.- Las tercerías de propiedad o de derecho preferente de pago, así como la pretensión de cobro de honorarios de los abogados, se interponen ante el juez de la causa principal y se tramitan conforme a las normas del proceso abreviado laboral.

QUINTA.- La conciliación administrativa es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador. Se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual proporciona los medios técnicos y profesionales para hacerla factible.
El Estado, por intermedio de los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Promoción del Empleo, fomenta el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Para tal fin, implementa lo necesario para la promoción de la conciliación extrajudicial administrativa y el arbitraje.

SEXTA.- Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

SÉTIMA.- En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos.

OCTAVA.- Los expedientes que por cualquier razón reingresen a los órganos jurisdiccionales tienen preferencia en su tramitación.

NOVENA.- La presente Ley entra en vigencia a los seis (6) meses de publicada en el Diario Oficial El Peruano, a excepción de lo dispuesto en las
Disposiciones Transitorias, que entran en vigencia al día siguiente de su publicación.
La aplicación de la presente Ley se hará de forma progresiva en la oportunidad y en los distritos judiciales que disponga el Consejo Ejecutivo del
Poder Judicial. En los distritos judiciales, en tanto no se disponga la aplicación de la presente Ley, sigue rigiendo la Ley núm. 26636, Ley Procesal del Trabajo, y sus modificatorias.
DÉCIMA.- Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración
Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

UNDÉCIMA.- Precisase que hay exoneración del pago de tasas judiciales para el prestador personal de servicios cuando la cuantía demandada no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP), así como cuando las pretensiones son inapreciables en dinero.

DUODÉCIMA.- Autorizase al Poder Judicial la creación de un fondo de formación de magistrados y de fortalecimiento de la justicia laboral. El fondo tendrá por objeto la implementación de medidas de formación específicamente dirigidas a los magistrados laborales, así como el otorgamiento de incentivos que les permitan desarrollar de manera óptima la función judicial.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- El Poder Judicial implementa una red electrónica que permita la notificación de las resoluciones mediante correo electrónico y publicación simultánea en la página web del Poder Judicial. Los interesados solicitan al Poder Judicial la asignación de un domicilio electrónico, el cual opera como un buzón electrónico ubicado en el servidor. El acceso al buzón es mediante el uso de una contraseña localizada en la página web del Poder
Judicial. De igual modo, implementa un soporte informático para el manejo de los expedientes electrónicos.

SEGUNDA.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la colaboración del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, implementa una base de datos pública, actualizada permanentemente, que permita a los jueces y usuarios el acceso a la jurisprudencia y los precedentes vinculantes y que ofrezca información estadística sobre los procesos laborales en curso.

TERCERA.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la colaboración del Poder Judicial, implementa un sistema informático, de acceso público, que permita el cálculo de los derechos o beneficios sociales.

CUARTA.- El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo implementa un sistema de remisión electrónica de información de las planillas electrónicas.
El requerimiento de información es enviado por el juzgado al correo electrónico habilitado para tal fin por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. El funcionario responsable da respuesta, también por correo electrónico, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Dicha respuesta debe contener la información solicitada presentada en cuadros tabulados, agregándose las explicaciones que fuesen necesarias.

QUINTA.- El Poder Judicial dispone la creación e instalación progresiva de juzgados y salas laborales en los distritos judiciales de la República que lo requieran, para fortalecer la especialidad laboral a efectos de brindar un servicio de justicia más eficiente.

SEXTA.- El Poder Judicial dispone el desdoblamiento de las salas laborales en tribunales unipersonales que resuelvan en segunda y última instancia las causas cuya cuantía de la sentencia recurrida no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

SÉTIMA.- El Poder Judicial aprueba los formatos de demanda para los
casos de obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP). OCTAVA.- Las acciones necesarias para la aplicación de la presente norma se ejecutan con cargo a los presupuestos institucionales aprobados a los pliegos presupuestarios involucrados, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS

PRIMERA.- Modificase los artículos 42, 51 y la parte referida a la competencia de los juzgados de paz letrados en materia laboral del artículo 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo núm. 017-93-JUS, en los siguientes términos:

"Artículo 42.- Competencia de las salas laborales

Las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, en las materias siguientes:

a. Proceso de acción popular en materia laboral.

b. Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral.

c. Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva.

d. Conflictos de competencia promovidos entre juzgados de trabajo y entre éstos y otros juzgados de distinta especialidad del mismo distrito judicial.

e. Conflictos de autoridad entre los juzgados de trabajo y autoridades administrativas en los casos previstos por la ley.

f. Las demás que señale la ley. Conocen, en grado de apelación, de lo resuelto por los juzgados especializados de trabajo.

Artículo 51.- Competencia de los juzgados especializados de trabajo
Los juzgados especializados de trabajo conocen de todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivas originadas con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa, sea de derecho público o privado, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.
Se consideran incluidas en dicha competencia las pretensiones relacionadas a:

a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.

b) La responsabilidad por daño emergente, lucro cesante o daño moral incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.

d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.

e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.

f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.

g) Los conflictos vinculados a un sindicato y entre sindicatos, incluida su disolución.

h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.

i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.

j) El Sistema Privado de Pensiones.

k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral.

l) Las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público.
m) Las impugnaciones contra actuaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

n) Los títulos ejecutivos cuando la cuantía supere las cincuenta (50)
Unidades de Referencia Procesal (URP).
o) Otros asuntos señalados por ley.

Artículo 57.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados Los Juzgados de Paz Letrados conocen:
(…)

En materia laboral:

a) De las pretensiones atribuidas originalmente a los juzgados especializados de trabajo, siempre que estén referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

b) De los títulos ejecutivos cuando la cuantía no supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP);

c) De las liquidaciones para cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones retenidos por el empleador.

d) De los asuntos no contenciosos, sin importar la cuantía."

SEGUNDA.- Modificase el artículo 38 del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo núm. 054-97-EF, en los siguientes términos:

"Artículo 38.- Proceso de ejecución
La ejecución de los adeudos contenidos en la liquidación para cobranza se efectúa de acuerdo al Capítulo V del Título II de la Ley Procesal del Trabajo.
Para efectos de dicha ejecución, se establecen las siguientes reglas especiales:
(...)."

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA.- Quedan derogadas las siguientes disposiciones:

a) La Ley núm. 26636, Ley Procesal del Trabajo, y sus modificatorias, la
Ley núm. 27021, la Ley núm. 27242 y la quinta disposición final y complementaria de la Ley núm. 27942.

b) La Ley núm. 8683 y el Decreto Ley núm. 14404, sobre pago de salarios, reintegro de remuneraciones y beneficios sociales a los apoderados de los trabajadores.

c) La Ley núm. 8930 que otorga autoridad de cosa juzgada y mérito de ejecución a las resoluciones de los tribunales arbitrales.

d) El Decreto Ley núm. 19334, sobre trámite de las reclamaciones de los trabajadores que laboran en órganos del Estado que no sean empresas públicas.

e) El Título III del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo núm. 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por Decreto Supremo núm. 002-97 -TR, sobre competencia en los conflictos entre cooperativas de trabajo y sus socios-trabajadores.

SEGUNDA.- Dejase sin efecto las siguientes disposiciones:

a) El artículo 8 del Decreto Supremo núm. 002-98-TR, sobre competencia en las acciones indemnizatorias por discriminación.

b) El artículo 52 del Decreto Supremo núm. 001-96-TR que prohíbe la acumulación de la acción indemnizatoria con la de nulidad de despido.

TERCERA.- Derogase todas las demás normas legales que se opongan a la presente Ley.

Comunicase al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los treinta días del mes de diciembre de dos mil nueve.

LUIS ALVA CASTRO
Presidente del Congreso de la República

MICHAEL URTECHO MEDINA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los trece días del mes de enero del año dos mil diez.

ALAN GARCÍA PÉREZ
Presidente Constitucional de la República

JAVIER VELASQUEZ QUESQUÉN
Presidente del Consejo de Ministros

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

DECRETO LEGISLATIVO 1071. “LEY DE ARBITRAJE”

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071
LEY DE ARBITRAJE

DECRETO LEGISLATIVO N° 1071
DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Ámbito de aplicación.
1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.

2. Las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8º, en los artículos 13º, 14º, 16º, 45º, numeral 4 del artículo 48º, 74º, 75º, 76º, 77º y 78º de este Decreto Legislativo, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje.
1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Artículo 3º.- Principios y derechos de la función arbitral.
1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Artículo 4º.- Arbitraje del Estado Peruano.
1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

Artículo 5º.- Arbitraje internacional.
1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

Artículo 6º.- Reglas de interpretación.
Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.
b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.
c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.
d. Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvención, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención, excepto en los casos previstos en el inciso a del artículo 46º y en el inciso a. del numeral 2 del artículo 60º.
e. Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

Artículo 7º.- Arbitraje ad hoc e institucional.
1. El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.
3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.
4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

Artículo 8º.- Competencia en la colaboración y control judicial.
1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.
5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.
6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

Artículo 9º.- Formalidad de documentos en la colaboración y control judicial.
1. Todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español.
2. Todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial

de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.
3. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

Artículo 10º.- Representación de la persona jurídica.
1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.
2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Artículo 11º.- Renuncia a objetar.
Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

Artículo 12º.- Notificaciones y plazos.
Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:
a. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.
b. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.
c. Los plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente.

TÍTULO II

CONVENIO ARBITRAL

Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral.
1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos,

ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral.
El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Artículo 15º.- Relaciones jurídicas estándares.
1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

Artículo 16º.- Excepción de convenio arbitral.
1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

Artículo 17º.- Derivación de controversia judicial a arbitraje.
Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral.

Artículo 18º.- Renuncia al arbitraje.
La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

TÍTULO III

ÁRBITROS

Artículo 19º.- Número de árbitros.
Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

Artículo 20º.- Capacidad.
Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Artículo 21º.- Incompatibilidad.
Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Artículo 22º.- Nombramiento de los árbitros.
1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.
3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.
4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.
5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23º.

Artículo 23º.- Libertad de procedimiento de nombramiento.
Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:
a. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.
b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de
Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.
e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

Artículo 24º.- Incumplimiento del encargo.
Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos,

el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23º.

Artículo 25º.- Nombramiento por las Cámaras de Comercio.

1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.
2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.
3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23º y en el artículo 24º, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.
6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.
7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 26º.- Privilegio en el nombramiento.

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

Artículo 27º.- Aceptación de los árbitros.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

Artículo 28º.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Artículo 29º.- Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23º.
ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23º.
iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23º. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine.
A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Artículo 30º.- Remoción.
1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29º.
Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.
2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso quesean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23º, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

Artículo 31º.- Árbitro sustituto.
1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.
2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones.
Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.
Artículo 32º.- Responsabilidad.
La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

TÍTULO IV

ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 33º.- Inicio del arbitraje.
Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

Artículo 34º.- Libertad de regulación de actuaciones.
1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.
4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Artículo 35º.- Lugar del arbitraje.
1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.

Artículo 36º.- Idioma del arbitraje.
1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto algo distinto, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral.
2. El tribunal arbitral podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

Artículo 37º.- Representación.
1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.
3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10º, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

Artículo 38º.- Buena fe.
Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Artículo 39º.- Demanda y contestación.
1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.
2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

Artículo 40º.- Competencia del tribunal arbitral.
El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Artículo 41º.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.
1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.
3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.
Artículo 42º.- Audiencias.
1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.
2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.
3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas.
4. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión.

Artículo 43º.- Pruebas.
1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Artículo 44º.- Peritos.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

Artículo 45º.- Colaboración judicial.

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.

2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

Artículo 46º.- Parte renuente.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.

c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

Artículo 47º.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;

b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;

c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o

d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte.

Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renunciaa él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar.

La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.
8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

Artículo 48º.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75º, 76º y 77º, con las siguientes particularidades:
a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del articulo 75º o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso
d. de este numeral.
b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el articulo 9º.
c. Los plazos dispuestos en los numerals 2 y 3 del artículo 76º serán de diez (10) días.
d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.
e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

Artículo 49º.- Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.
2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

Artículo 50º.- Transacción.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

2. Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

Artículo 51º.- Confidencialidad.
1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

TÍTULO V

LAUDO

Artículo 52º.- Adopción de decisiones.
1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Todadecisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Artículo 53º.- Plazo.
La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

Artículo 54º.- Laudos.
Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Artículo 55º.- Forma del laudo.
1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

Artículo 56º.- Contenido del laudo.
1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50º. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35º. El laudo se considera dictado en ese lugar.
2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º.

Artículo 57º.- Normas aplicables al fondo de la controversia.
1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia.
Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

3. En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.
4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

Artículo 58º.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.
1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince
(15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.
2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.
3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

Artículo 59º.- Efectos del laudo.
1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67º.

Artículo 60º.- Terminación de las actuaciones.
1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67º.
2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:
a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.
b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.
Artículo 61º.- Conservación de las actuaciones.
1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.
2. Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.
3. Si se interpone recurso de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a su costo. Resuelto el recurso en definitiva, serán de aplicación los numerales 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba

reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse éstas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.

TÍTULO VI
ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Artículo 62º.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63º.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Artículo 63º.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue ypruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto
Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo
o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Artículo 64º.- Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden

ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder.
Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.
3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, excepto en el caso previsto en el numeral
4 del artículo 66º en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.
4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
5. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

Artículo 65º.- Consecuencias de la anulación.
1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63º, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63º, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63º, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.
d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63º, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63º, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63º, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.
2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.

Artículo 66º.- Garantía de cumplimiento.
1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.
2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.
3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.
4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral.

La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.
5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte
Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.
6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

Artículo 67º.- Ejecución arbitral.
1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Artículo 68º.- Ejecución judicial.
1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66º. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

TÍTULO VII

COSTOS ARBITRALES

Artículo 69º.- Libertad para determinar costos.
Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.
Artículo 70º.- Costos.
El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
b. Los honorarios y gastos del secretario.
c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Artículo 71º.- Honorarios del tribunal arbitral.
Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

Artículo 72º.- Anticipos.
1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70º. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir

anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. En este caso, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje.
3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.
4. La decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación del depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. La misma regla se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.
5. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales.

Artículo 73º.- Asunción o distribución de costos.
1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.
3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

TÍTULO VIII

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

Artículo 74º.- Normas aplicables.
1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:
a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales
Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en
Panamá el 30 de enero de 1975, o
c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.
2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Artículo 75º.- Causales de denegación.
1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.
2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:
a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.

d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.
4. La causa prevista en el inciso a. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano.
5. La causa prevista en el inciso b. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.
6. La causa prevista en el inciso c. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si éste se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.
7. La causa prevista en el inciso d. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e. numeral 2 de este artículo; la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

Artículo 76º.- Reconocimiento.
1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.
2. Admitida la solicitud, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente.
3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el numeral 8 del artículo 75. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
4. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

Artículo 77º. Ejecución.
Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 68º.

Artículo 78º. Aplicación de la norma más favorable.
Cuando resulte de aplicación la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias
Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, se tendrá presente lo siguiente:
1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo, cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.
2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención, la parte interesada podrá acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados de los cuales el Perú sea parte, para obtener el reconocimiento de la validez de ese convenio arbitral.
3. Cuando resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención, esta disposición se aplicará reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA. Cámaras de Comercio.
Para efectos de este Decreto Legislativo, se entiende por Cámaras de Comercio, a las Cámaras de Comercio que existen en cada provincia de la República.
Cuando exista en una misma provincia más de una Cámara de Comercio, se entiende que la referencia es a la Cámara de Comercio de mayor antigüedad.

SEGUNDA. Convenios de ejecución.
Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo.

TERCERA. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral.
A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales o contractuales a cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo.

CUARTA. Juez y tribunal arbitral.
A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

QUINTA. Designación de persona jurídica.
Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que dicha designación está referida a su actuación para nombrar árbitros.

SEXTA. Arbitraje estatutario.
Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.
El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.
El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

SÉTIMA. Arbitraje sucesorio.
Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.
Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

OCTAVA. Mora y resolución de contrato.
Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

NOVENA. Prescripción.
Comunicada la solicitud de arbitraje, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, siempre que llegue a constituirse el tribunal arbitral.
Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando se declara nulo un laudo o cuando de cualquier manera prevista en este decreto legislativo se ordene la terminación de las actuaciones arbitrales.
Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción.

DÉCIMA. Prevalencia.
Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

DÉCIMO PRIMERA. Vía ejecutiva.
Para efectos de la devolución de honorarios de los árbitros, tiene mérito ejecutivo la decisión del tribunal arbitral o de la institución arbitral que ordena la devolución de dichos honorarios, así como la resolución judicial firme que anula el laudo por vencimiento del plazo para resolver la controversia.
DECIMO SEGUNDA. Acciones de garantía.
Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

DÉCIMO TERCERA. Procedimiento pericial.
Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario.

DÉCIMO CUARTA.- Ejecución de un laudo CIADI.
Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado; al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA. Clase de arbitraje.
En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales, o en su caso las cláusulas y compromisos arbitrales, celebrados con anterioridad a este Decreto Legislativo, que no estipulen expresamente la clase de arbitraje, se regirán por las siguientes reglas:
1. Las cláusulas y compromisos arbitrales celebrados bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1911 y el Código Civil de 1984 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
2. Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia del Decreto Ley N° 25935 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
3. Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia de la Ley N° 26572 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de conciencia.
Salvo pacto en contrario, cualquier divergencia sobre la clase de arbitraje deberá ser decidida por el tribunal arbitral como cuestión previa a la presentación de la demanda.

SEGUNDA. Actuaciones en trámite.
Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

TERCERA. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.
Los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros iniciados antes de la entrada en vigencia del presente decreto legislativo, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS

PRIMERA. Modificación del Código Civil.
Se agrega un último párrafo al artículo 2058º del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 295 con la siguiente redacción:
"Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial".

SEGUNDA. Modificación del Código Procesal Civil.
Agréguese un último párrafo al artículo 384º del Código Procesal Civil del Texto Único Ordenado aprobado mediante Resolución Ministerial N° 351-2004-JUS con la siguiente redacción:

"En los casos previstos en la Ley de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros."

TERCERA. Modificación de la Ley General de Sociedades.

1. Modifíquese el artículo 48º de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

"Artículo 48º.- Arbitraje.

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.

El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia."

2. Modifíquese el cuarto párrafo del artículo 14º de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

"El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario."

3. Modifíquese el inciso 2 del artículo 188º de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

"2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje."

CUARTA. Modificación de la Ley de Garantías Mobiliarias.

Modifíquese el artículo 48º de la Ley Nº 28677, Ley de Garantías Mobiliarias aprobado según la siguiente redacción:"Artículo 48º.- Arbitraje.

Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la ley de la materia."

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ÚNICA: Deróguese el segundo párrafo del artículo 1399º y el artículo 2064º del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 295 y la Ley Nº 26572, Ley General de Arbitraje.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA. Arbitraje Popular.

Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados.

Estos programas serán conducidos por el Ministerio de Justicia y podrán ser ejecutados también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante celebración de convenios bajo cualquier modalidad.

El Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

SEGUNDA. Adecuación.

Las instituciones arbitrales adecuarán hasta el 31 de agosto de 2008 en cuanto fuera necesario sus respectivos reglamentos, incluso aquellos aprobados por norma legal, a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

TERECERA. Vigencia.
El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia el 1º de setiembre de 2008, salvo lo dispuesto en la Segunda Disposición Final, la que entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

AÑO DEL BUEN SERVICIO AL CIUDADANO

Año XXVI / Nº 1050

Viernes 4 de agosto de 2017

República del Perú

PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia de la República

V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional

JURISPRUDENCIA

V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

En la ciudad de Lima, el día 19 de octubre de 2016, se reunieron los Jueces Supremos Integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente, Primera y Segunda Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para la realización de la audiencia pública del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. La sesión se llevó a cabo en el Auditorio del Edificio Carlos Zavala Loayza, sito en el Jirón Manuel Cuadros 182, de esta ciudad con los siguientes Jueces Supremos: Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Javier Arévalo Vela, Héctor Lama More, Elina Hemilce Chumpitaz Rivera, Ricardo Guillermo Vinatea Medina, Eduardo Raymundo Ricardo Yrivarren Fallaque, Isabel Cristina Torres Vega, Elizabeth Roxana Margaret Mac Rae Thays, Juan Chaves Zapater, Silvia Consuelo Rueda Fernández, Omar Toledo Toribio, Carlos Giovanni Arias Lazarte, Mariem Vicky de la Rosa Bedriñana y Víctor Raúl Malca Guaylupo. Asimismo, con la participación de los expertos en Derecho Laboral y Previsional, señores Javier Neves Mujica, Luis Manuel Vinatea Recoba, Fernando Elías Mantero, Adolfo Ciudad Reynaud, Elmer Arce Ortiz y Ramón Huapaya Tapia, en calidad de amicus curiae.

Los señores coordinadores del Pleno, Jueces Supremos Dr. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza y Dr. Javier Arévalo Vela, luego de constatar la asistencia de los magistrados convocados, declararon instalada la sesión del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materias Laboral y Previsional; asimismo señalaron como mecanismo de trabajo: 1) Presentación de los temas sometidos al Pleno; 2) Formulación del punto, o puntos, de debate; 3) Debate; 4) Votación y 5) Acuerdo.

Luego de los debates, se tomaron los siguientes acuerdos; dejando constancia del voto en minoría de los Señores Jueces Supremos Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Omar Toledo Toribio y Carlos Giovanni Arias Lazarte respecto del acuerdo de indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado.

I. NORMA APLICABLE RESPECTO DE LA NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS.

El Pleno acordó por unanimidad:

Las normas aplicables para determinar las causales de nulidad, que se pueden invocar válidamente en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico en materia laboral son las siguientes:

Los artículos 63º a 66º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

El artículo 56º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, en concordancia con el artículo 65 de la misma norma y el artículo 57º de su Reglamento, regulado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

Los literales b y d del inciso 1 del artículo 63º de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3º DE LA LEY 28449.

El Pleno acordó por unanimidad:

Se interpreta que el artículo 3º de la Ley 28449 al establecer que "El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de 2 Unidades Impositivas Tributaria, vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", ordena que cada pensión máxima mensual sea equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias vigentes al momento en que se realiza el pago efectivo de cada monto pensionario.

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

ARIAS LAZARTE

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

III. INDEMNIZACIÓN Y REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LOS CASOS DE DESPIDO FRAUDULENTO Y DESPIDO INCAUSADO.

El Pleno acordó por mayoría:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

Ss.

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

EL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI, SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR JACINTO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA, SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL OMAR TOLEDO TORIBIO Y SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL CARLOS GIOVANNI ARIAS LAZARTE ES EL SIGUIENTE:

En los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

TOLEDO TORIBIO

ARIAS LAZARTE

V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

I. NORMA APLICABLE RESPECTO DE LA NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES ECONÓMICOS.

1.1. Planteamiento

Existe incertidumbre respecto a cuáles son las causales de nulidad que pueden ser aplicadas respecto de los laudos arbitrales económicos en materia laboral, en tanto existen tres normas que se refieren a dichas causales de manera algo desordenada.

Por un lado, tenemos el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUOLRCT), aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo Nº 011-92-TR. Por otro lado está la "Ley General de Arbitraje" emitida mediante Decreto Legislativo Nº 1071.

La aplicabilidad de cada una de estas tres normas y, por ende, de las diversas causales que ellas regulan, es la materia que este Pleno Jurisdiccional debe resolver, pues como ha quedado dicho esta confluencia de normas legales, genera problemas de elección de la norma aplicable tanto por la materia, por el rango y por la especialidad, lo que lleva a plantear algunas preguntas.

1.2. ¿Cuáles son las normas aplicables para determinar las causales de nulidad de un laudo arbitral económico en materia laboral?

1.2.1. Los artículos 63º a 66º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

La norma especial que regula las causales de nulidad de laudo arbitral económico en materia laboral es el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUOLRCT).

Efectivamente, el artículo 66º del TUOLRCT establece que el Laudo Arbitral es impugnable por razones de nulidad y por establecer menores derechos a los reconocidos por ley a favor de los trabajadores.

Artículo 66.- El laudo, cualquiera sea la modalidad del órgano arbitral, es inapelable y tiene carácter imperativo para ambas partes. Es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los casos siguientes: a) Por razón de nulidad. b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores. La interposición de la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente.

Entre los artículos 63º y 65º de la propia norma se establecen requisitos referidos al sometimiento a arbitraje, a la competencia del órgano arbitral y al contenido del laudo. Por la trascendencia y tipificación legal de dichos requisitos su inobservancia debe ser sancionada con la nulidad del laudo arbitral respectivo.

En tal sentido, las omisiones de los requisitos a los que se refieren los artículos 63º, 64º y 65º del TUOLRCT, constituyen las razones de nulidad a las que se refiere el artículo 66º de la propia norma.

Siendo esta la norma especial, que se refiere a la materia específica de arbitraje laboral económico, las razones de nulidad que ella regula son aplicables a los laudos laborales económicos.

1.2.2. El artículo 56º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

El artículo 65º del TUOLRCT, que regula las razones de nulidad del laudo arbitral laboral, referidas a su contenido, nos remite al artículo 56º de la propia norma en los siguientes términos:

Artículo 65.- El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas. ***Para la decisión deberán tenerse presente las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56.*** **(Resaltado nuestros)**.

A su vez, el artículo 56º del TUOLRCT establece:

Artículo 56.- En el curso del procedimiento, a petición de una de las partes o de oficio, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada, practicará la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico - financiera de las empresas y su capacidad para atender dichas peticiones, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o en la misma región. Asimismo estudiará, en general, los hechos y circunstancias implícitos en la negociación. La Oficina especializada podrá contar con el asesoramiento del Ministerio de Economía y Finanzas, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) y de otras instituciones cuando la naturaleza o importancia del caso lo requiera. El dictamen correspondiente, debidamente fundamentado y emitido sobre la base de la documentación que obligatoriamente presentarán las empresas y de las investigaciones que se practiquen será puesto en conocimiento de las partes para que puedan formular su observación.

En tal sentido, si el laudo se emite sin que exista el dictamen correspondiente, en el supuesto que manda la norma, entonces dicho laudo incurre en una causal de nulidad, ya que, como hemos explicado, el artículo 65º establece las razones de nulidad referidas al contenido de laudo.

Esta causal de nulidad es ratificada por el artículo 57º del Reglamento de la Ley Relaciones Colectivas, regulado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR, que establece:

Artículo 57.- El laudo del árbitro o del Tribunal Arbitral en su caso, deberán recoger en su integridad la propuesta final de una de las partes, no pudiendo establecer una solución distinta de las propuestas por las partes ni combinar los planteamientos de una y otra. Empero, cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, ***en concordancia con el Artículo 65 de la Ley****, el árbitro o el Tribunal deberá precisar en el laudo en que consiste la modificación o modificaciones y las razones que se ha tenido para adoptarla.*

Para emitir laudo se tendrá presentes las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56 de la Ley, tal como lo ordena el artículo 65 de la misma. El laudo ordenará el pago de las costas y honorarios que corresponda al árbitro o a los miembros del Tribunal Arbitral en su caso, en los términos fijados en el compromiso arbitral. **(Resaltado nuestros)**.

No es el Reglamento el que establece la causal de nulidad, sino la Ley en su artículo 65º, vía remisión a su artículo 56º, pero el Reglamento ratifica las exigencias que establecen ambos artículos, de manera genérica y específica, respectivamente. Por ende no hay ciertamente ningún problema de jerarquía normativa porque el Reglamento no crea causales de nulidad y es coherente con la Ley.

1.2.3. Artículo 63º de la Ley General Arbitraje

La "Ley General de Arbitraje", Decreto Legislativo Nº 1071, regula en su artículo 63º supuestos específicos de nulidad del laudo arbitral. Esta es la norma general respecto de los laudos arbitrales económicos en materia laboral, y por tanto su aplicación solamente es supletoria, allí donde la norma especial guarde silencio.

La Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, también es aplicable para regular las causales de nulidad de un laudo arbitral económico en materia laboral, de manera supletoria.

Así lo establece el artículo 1º inciso 1º del Decreto Legislativo Nº 1071

"El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte, ***o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria". (Resaltado nuestro)****.*

Sin embargo, no basta el silencio de la norma especial, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, para aplicar esta cláusula de supletoriedad. Es necesario, además que el supuesto de nulidad regulado en la norma general, Ley General de Arbitraje, sea compatible con la materia laboral económica que es decidida en el laudo.

Este Pleno Jurisdiccional, determinará cuáles de las causales de nulidad de laudo arbitral reguladas por el artículo 63º de la Ley General de Arbitraje, son aplicables al laudo arbitral laboral económico, a fin de unificar criterios al respecto.

El artículo 63º del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley General de Arbitraje, establece:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Los supuestos que no se encuentran subsumidos en las causales de nulidad que regula la Ley Especial, y, que son compatibles de manera genérica con los laudos arbitrales económicos en materia laboral, son lo que regulan los literales b y d del inciso 1 del artículo 63 º de la Ley General de Arbitraje, con las especificaciones establecidas en los incisos siguientes del mismo artículo.

En tal sentido, las causales de nulidad aplicables son:

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

1.3. Acuerdo Plenario

Las normas aplicables para determinar las causales de nulidad, que se pueden invocar válidamente en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico en materia laboral son las siguientes:

Los artículos 63º a 66º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

El artículo 56º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, en concordancia con el artículo 65 de la misma norma y el artículo 57º de su Reglamento, regulado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

Los literales b y d del inciso 1 del artículo 63º de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3º DE LA LEY 28449.

2.1. Planteamiento

El artículo 3º de la Ley 28449 establece: "El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de 2 Unidades Impositivas Tributaria, vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión".

Las dos interpretaciones que recaen sobre esta norma son las siguientes:

1.- En la frase "vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", "pago" se refiere al "otorgamiento" de la pensión, de manera que la UIT vigente al momento de dicho otorgamiento es la UIT histórica y es la que debe aplicarse de manera permanente por todo el tiempo que se deban pagar las prestaciones mensuales máximas.

2.- En la frase "vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", "pago" se refiere al cumplimiento mensual de la obligación ante el pensionista, de manera que la UIT vigente al momento de dicho cumplimiento, es la UIT vigente a dicha fecha, y por ende el monto máximo de la pensión recoge las variantes de la Unidad Impositiva Tributaria.

La interpretación que se elija, entre estas dos, respecto del artículo 3º de la Ley 28449 debe tomar en cuenta entonces el concepto de "pensión máxima" y la finalidad que ella cumple en el sistema previsional.

2.2. El supuesto reajuste pensionario

Existe un error jurídico cuando se afirma que, según el artículo 3º de la Ley 28449, el monto de pago de la pensión de jubilación se fija de forma inalterable al momento del reconocimiento de la pensión. Según esta posición, a partir de la fecha del otorgamiento de la pensión, las modificaciones de la Unidad Impositiva Tributaria no rigen, y por ende, no se puede determinar una reactualización de la pensión.

Desde ese punto de vista, toda petición que haga el pensionista referido al cálculo de su pensión debe entenderse como un reajuste pensionario, y por ende resulta infundado, pues el artículo 4º de la propia Ley 28449 establece que, por un lado, se encuentra prohibida la nivelación de pensiones, y por otro lado, restringida la eventual posibilidad de reajuste.

Dicha lectura de la norma se basa en una errónea concepción de la pensión máxima, según la cual una pensión por ser máxima nunca puede ser elevada en su monto, más allá del que se calculó al momento de ser otorgada. El error de esta concepción radica en confundir "monto máximo" con "monto definitivo", pues ciertamente un monto pensionario puede ser el máximo permitido por ley, pero la propia norma puede programar un sistema de cálculo que recoge un referente de cálculo que aumente el monto de la pensión, como sucede con el artículo 3º de la Ley 28449.

2.3. La interpretación del artículo 3º de la Ley 28449

En la frase "vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", la palabra "pago" se refiere al cumplimiento mensual de la obligación ante el pensionista, de manera que la UIT vigente al momento de dicho cumplimiento, es la UIT vigente a dicha fecha, y por ende el monto máximo de la pensión recoge las variantes de la Unidad Impositiva Tributaria.

La pensión es la prestación mensual que percibe su beneficiario. El obligado debe cumplir con su pago periódicamente, de manera que literalmente no existe manera de interpretar que el mandato legislativo se refiere al momento en el cual se reconoce el derecho a percibir una pensión, en tanto que dicho acto declarativo no es propiamente el pago.

Si bien es cierto denominamos comúnmente "otorgamiento" de pensión, al primer acto por el cual se determina que el pensionista cumple con los requisitos legales, no hay en él propiamente un acto de entrega, sino como ha quedado dicho, un acto declarativo de reconocimiento del derecho. Los actos de cumplimiento de la obligación periódica de dar un monto pensionario, ocurren posteriormente, cada vez que el pensionista recibe efectivamente su pensión en dinero.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente Nº 4933-2012-PC/TC, de 3 de octubre de 2013, en uno de los votos en mayoría que formaron resolución, estableció que el goce de la pensión de cesantía, en cada oportunidad de pago, debe estar acorde a lo equivalente a dos Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha.

2.4. Acuerdo Plenario

Se interpreta que el artículo 3º de la Ley 28449 al establecer que "El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley 20530 es de 2 Unidades Impositivas Tributaria, vigentes a la fecha en que corresponde el pago de la pensión", ordena que cada pensión máxima mensual sea equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias vigentes al momento en que se realiza el pago efectivo de cada monto pensionario.

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

ARIAS LAZARTE

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

III. INDEMNIZACIÓN Y REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LOS CASOS DE DESPIDO FRAUDULENTO Y DESPIDO INCAUSADO.

3.1. Planteamiento

En el I Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, celebrado en mayo del año 2012, las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema acordaron que, en la vía laboral, se podía demandar la reposición tanto por despido fraudulento como por despido incausado, por ser una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.

Efectivamente, en sus fundamentos el referido Pleno estableció:

"Como se puede apreciar, con la nueva estructura procesal diseñada por la Ley 29497, existen suficientes fundamentos para concluir que el proceso abreviado laboral se erige como la vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la existencia de despido incausado o fraudulento y se pretenda exclusivamente como pretensión principal única la reposición al centro de trabajo".

Posteriormente, la Jurisprudencia Nacional ha desarrollado posiciones diversas para determinar si el trabajador tiene derecho al pago de indemnización y al pago de remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado, y sobre la acumulación de las correspondientes pretensiones.

Asimismo, en caso que la pretensión de indemnización fuese fundada, se plantean variables respecto de los criterios para calcular la indemnización de daños y perjuicios en casos de despidos fraudulentos e incausados y nulos.

En tal sentido, este Pleno Jurisdiccional responde a cuatro preguntas:

¿Tiene el trabajador, que ha sufrido un despido incausado o fraudulento, derecho al pago de remuneraciones devengadas por el periodo no laborado?

¿Tiene el trabajador derecho al pago de una indemnización por los daños derivados de un despido incausado o fraudulento?

En los casos en los que corresponda el pago de una indemnización vinculada a un despido incausado o fraudulento ¿Cuáles deben ser los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización?

¿Se puede acumular a la pretensión de reposición por despido incausado o despido fraudulento una pretensión conexa de pago?

3.2. Sobre el derecho al pago de remuneraciones devengadas por periodo no laborado luego de un despido fraudulento o de un despido incausado.

El despido constituye una resolución unilateral del contrato de trabajo. En tal sentido el empleador con su acción de despido extingue el vínculo laboral, y por ende el trabajador se encuentra jurídicamente impedido de realizar labores efectivas, de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. El despido entonces, no es solamente un acto de hecho, sino que tiene trascendencia jurídica para comprender la situación en la que quedan las partes de la extinta relación laboral.

No hay diferencia en los casos del despido incausado y del despido fraudulento en tanto ambos tipo de despido no tienen origen legal sino que son construcciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Es cierto que en ellos se advierte la afectación directa a derechos constitucionales, sin embargo de ello no se deriva la existencia de una ficción jurídica que determine el desarrollo de labor efectiva en el periodo que transcurre entre el despido y la reposición del trabajador.

Las ficciones jurídicas o las presunciones absolutas solo pueden ser predeterminadas por Ley. En el ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia, o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del despido nulo en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato legal del artículo 40º del Decreto Supremo 003-97-TR.

Sin perjuicio de la vía procesal, en la que el Poder Judicial conozca un conflicto vinculado a un despido incausado o a un despido fraudulento, es evidente que el deber de reponer las cosas al estado anterior a la afectación del derecho constitucional, se limita a la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, la cual se produce desde el mandato judicial en adelante.

La protección judicial de un derecho constitucional no implica, inclusive en el ámbito laboral, la construcción de ficciones jurídicas, no solo porque tal construcción corresponde a la Ley, sino porque la reparación judicial está diseñada para evitar que se continúe afectando el derecho en adelante. Para la agresión ya sufrida la respuesta jurídica pertinente es la indemnización.

Efectivamente, el empleador que agrede un derecho laboral de rango constitucional merece una sanción impuesta por el sistema jurídico, y esta consiste en la indemnización de todos los daños y perjuicios que el trabajador ha sufrido; en este caso, como consecuencia de un despido incausado o de un despido fraudulento.

La ausencia de pago de remuneraciones es un hecho evidente y por tanto un daño cierto, que podría ser calificado como lucro cesante, de manera que el monto de dichas remuneraciones pueda servir como un indicador de cálculo del monto de la indemnización, además de otros conceptos y montos que el trabajador invoque como daños sufridos como consecuencia del despido.

3.3. Sobre el derecho al pago de indemnización de daños y perjuicios por despido fraudulento o por despido incausado.

El trabajador tiene derecho al pago de la indemnización de daños y perjuicios por despido fraudulento o por despido incausado. Será siempre el juez quien determine en sentencia cuáles son los daños y perjuicios probados y a cuánto asciende el monto de la indemnización.

En tal virtud, cabe reiterar que no existe limitación alguna para que el trabajador sea indemnizado por los daños y perjuicios que le haya causado un despido fraudulento o un despido incausado, no solo en cuanto a la violación de sus derechos constitucionales, sino, en general, a todo tipo de daño: daño emergente, lucro cesante y daño moral, que se encuentren debidamente acreditados.

3.4. Sobre los criterios que el juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización.

El juez debe considerar que en estos casos no existe una indemnización tasada legalmente como en el caso del despido arbitrario, y serán los medios probatorios

los que determinen la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según pretensión de la demanda.

Se reconoce que el trabajador es libre de utilizar la falta de pago de remuneraciones entre el despido y la reposición como uno de los criterios para sustentar su pretensión de indemnización.

Asimismo, resulta pertinente que el Juez analice además de los criterios clásicos de los daños, es decir, lucro cesante, daño emergente y daño moral; el tema relativo a los daños punitivos.

Como se conoce el propósito general de las acciones indemnizatorias es reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina[1].

Por lo que puede entenderse a los daños punitivos como la suma de dinero que el Juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes.

En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima[2].

En ese orden de ideas, no se aplicará los daños punitivos a todos los supuestos de despidos regulados en la ley o establecidos por la jurisprudencia, sino solamente al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza principalmente vejatoria contra el trabajador.

Como puede verse, los daños punitivos son siempre accesorios, es decir no tienen vida por sí mismos, requiriendo la presencia de un daño esencial o principal, y solo ameritara otorgar el daño punitivo en circunstancias propias de cada caso particular[3].

Es importante tener presente que nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo, la aplicación de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales y tal como hemos señalado en forma accesoria al daño principal causado y reclamado.

En este caso, con la finalidad que el monto que se ordene pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer un patrón objetivo para calcular el mismo. Así, se ha tomado en consideración como monto máximo por daños punitivos una suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.

Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que el criterio objetivo utilizado como patrón para el cálculo de los daños punitivos: el monto dejado de aportar por el trabajador a su sistema previsional, implique un reconocimiento al trabajador de derechos de carácter remunerativo, los mismos que no le corresponden para el caso del despido fraudulento y el despido incausado, tal como se ha señalado en los puntos precedentes.

Se establece un monto máximo, debido a la naturaleza sancionadora de los daños punitivos, cuyo objetivo no solo es sancionar al causante del daño, sino también disuadir a terceros de cometer los mismos actos contra sus trabajadores. Sustentándose la figura del daño punitivo en el caso peruano, por la misma naturaleza vejatoria del despido fraudulento y del despido incausado contra el trabajador.

Dado su carácter sancionador y monto predeterminado, los daños punitivos no necesitan ser demandados, pero al tener un carácter accesorio y no principal, si es necesario que se le reconozca al demandante en forma previa un monto indemnizatorio por daño emergente, lucro cesante o daño moral.

3.5. Sobre la acumulación de pretensiones en los casos de despido fraudulento o por despido incausado.

El Primer Pleno Laboral de la Corte Suprema determinó que la pretensión de reposición por despido fraudulento o por despido incausado, en los procesos tramitados con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, se debía tramitar en el proceso abreviado laboral cuando la pretensión se planteara como única de acuerdo con el artículo 2 inciso 2 de la Ley, de manera que dejó abierta la posibilidad de la acumulación de pretensiones.

En el caso de acumulación de pretensiones, que es perfectamente posible, debe transitarse el camino de la vía ordinaria laboral. En tal sentido, como desarrollo de los principios de economía y concentración procesales, es manifiesto que toda pretensión conexa de pago de indemnización por daños y perjuicios referida al despido fraudulento o al despido incausado se puede acumular a la pretensión de reposición por la comisión de uno de dichos despidos.

Como hemos expuesto en este Pleno, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización por los daños y perjuicios que le hubiere causado el despido incausado o el despido fraudulento, de manera que es procedente la acumulación de pago de indemnización a la pretensión de reposición, siempre que exista conexidad entre ellas por referirse al mismo conflicto provocado por un despido fraudulento o un despido incausado, y por ser ambas jurídicamente posibles, sin perjuicio de lo que el juez resuelva sobre el fondo de la materia.

3.6. Acuerdo Plenario en Mayoría

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de

---

1 Flórez Fernández, José Gregorio, El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 146-182.

2 García Matamoros, Laura Victoria y Herrera Lozano, María Carolina. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 211-229, ene. 2010. Disponible en: http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/88.

3 Chang Hernández, Guillermo Andrés. Las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el código civil peruano. Disponible en: http://www.pucp.edu.pe/uss/revistasvirtuales/ssias/ssias5/pdf/5.%20LA%20FUNCION%20DE%20LA%20RESPONSABILIDAD%20CIVIL.docx.

Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

Ss.

ARÉVALO VELA

LAMA MORE

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

RUEDA FERNÁNDEZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR VICENTE RODOLFO WALDE JÁUREGUI, SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR JACINTO JULIO RODRÍGUEZ MENDOZA Y DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL OMAR TOLEDO TORIBIO

El voto del Señor Juez Supremo Titular Vicente Rodolfo Walde Jáuregui y del Señor Juez Supremo Provisional Omar Toledo Toribio es el siguiente:

1. La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 27 prevé que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo Nº 728, ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR)[4] en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

2. El artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, en adelante TUO, establece que es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25 (despido por reacción o por represalia); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquiera otra índole; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto (fuero de maternidad). A las causales antes citadas debe agregarse la dispuesta por la Ley Nº 26626, referida al despido por ser portador del VIH-Sida.

3. Como es de advertirse, la norma establece taxativamente las causales por las cuales se puede calificar a un acto de despido como nulo, las que se caracterizan por ser numerus clausus. En consecuencia, no se puede agregar una causal adicional a las que el legislador consigna a través de la referida norma, esto en aplicación del Principio de Legalidad.

4. Por otro lado, el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, define el despido arbitrario, señalando su consecuencia, en los siguientes términos: "si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente".

5. Finalmente el despido indirecto se configura cuando frente a un acto de hostilidad el trabajador opta por la terminación de la relación laboral o se da por despedido, lo cual se halla regulado por el artículo 35, inciso b) del TUO. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el artículo 38 del TUO, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

6. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente Nº 1124-2001-AA/TC (Caso FETRATEL c/ Telefónica) ha señalado que:

"Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo Nº 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones: El artículo 34º, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º ("República" "social") y 3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución

[4] La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional".

7. De esta forma, a partir de la indicada sentencia, que, dicho sea de paso, marcó un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en temas de carácter laboral, existe la posibilidad de la tutela resarcitoria (reposición) si el trabajador acude a la vía constitucional del amparo invocando el despido incausado.

8. Posteriormente, y en virtud de que a partir de la expedición de la sentencia recaída en el expediente Nº 01124-2001-AA/TC se observó una tendencia creciente a la amparización de las acciones impugnatorias del despido arbitrario y en el marco de lo regulado por la derogada Ley Nº 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, -que establecía el amparo alternativo-, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de fecha 13 días de marzo del 2003 en el expediente Nº 00976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, prevé que los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo, b) Despido incausado y, c) Despido fraudulento.

9. En efecto, a partir de esta sentencia se produce una nueva clasificación del despido a efectos de su evaluación en sede constitucional. De esta forma, conforme a esta sentencia se produce el denominado despido nulo cuando se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales, se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición), se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.; se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto), se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626) y se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

Por otro lado, se produce el Despido incausado cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique y por último, se configura el denominado Despido fraudulento, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. (Fundamento 15)[5].

ACERCA DEL PAGO DE REMUNERACIONES DEVENGADAS EN LAS ACCIONES IMPUGNATORIAS DE DESPIDO INCAUSADO Y DESPIDO FRAUDULENTO.

10. El pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, siendo que el otorgamiento de dichos sueldos caídos no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tanto más si como lo establece el artículo 87, in fine, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso laboral, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

11. La discusión que se suscita en la jurisprudencia laboral consiste en que si el trabajador afectado por un despido incausado o fraudulento tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas, en los términos de lo previsto para el despido nulo en el artículo 40 del TUO del Decreto Legislativo Nº 728, o únicamente tendría derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

NATURALEZA DEL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO FRAUDULENTO.

El despido incausado y el despido fraudulento no son sino manifestaciones de un despido lesivo de derechos constitucionales que trae como consecuencia la nulidad del acto y por lo tanto los efectos de la declaratoria de un despido incausado o fraudulento deben ser exactamente iguales al despido nulo.

Por otro lado, en los procesos de impugnación de despido incausado y fraudulento, es preciso contrastar la situación laboral que detentaba el trabajador antes y después del distracto, a efectos de determinar los alcances y extensión de la declaración judicial a través del cual se invalida el acto lesivo: **a) antes de ser cesado el trabajador tenía derecho a percibir todos los beneficios económicos legales y convencionales aplicables en su centro de trabajo, incluso los pensionarios que no obstante ser futuros se acumulan durante el tiempo de servicios; b) al cesar pierde absolutamente todo lo anterior.**

Sin embargo, al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador a su empleo se restablece automáticamente la relación laboral entre las partes como si este nunca hubiese sido interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento es el acto mismo del despido; en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, por ello corresponde al empleador asumir las consecuencias de su conducta lesiva dado que de no sancionarse este hecho implicaría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no sólo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino, que también se afectaría su futura pensión de jubilación, lo que constituiría un ejercicio abusivo del derecho proscrito por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú y que nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo[6].

RAZONES POR LAS QUE CONSIDERAMOS QUE EL TRABAJADOR REPUESTO POR DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO TIENE DERECHO AL PAGO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS

Consideramos que el trabajador repuesto como consecuencia de haberse estimado una demanda de

[5] Estos conceptos han sido desarrollados por el Juez Superior Ponente en el artículo titulado: *"El despido fraudulento en la jurisprudencia"* y publicado En la Revista RAE Jurisprudencia, tomo 19, enero 2010, págs. 401 a 410.

[6] En relación a la remuneración como contraprestación a la existencia del contrato de trabajo la profesora Mónica Pizarro señala *"conviniendo en que la prestación principal a cargo del trabajador es la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, damos por resuelto el problema de la naturaleza de los pagos efectuados a su favor en los casos en los cuales no existe prestación de servicios por culpa del empleador, los que pasarán a considerar remunerativos"*. En La Remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral. Lima, 2006, Estudio Gonzáles & Asociados, pág. 47.

despido incausado o fraudulento tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios pudiendo acumular, en su caso, las citadas pretensiones a la demanda de reposición[7].

Declarar que el trabajador sólo tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios con ocasión de un despido incausado o fraudulento haría inviable la posibilidad de que el trabajador pueda acumular su tiempo de servicios, sus beneficios sociales y la posibilidad de que el empleador, al ser condenado al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, tenga que efectuar las aportaciones de carácter previsional, aspectos que serían jurídicamente inviables solicitarlos vía indemnización por daños y perjuicios.

Por otro lado, se cuestiona que el pago de las remuneraciones devengadas en el despido incausado y fraudulento no tendría respaldo legal, a diferencia del caso de las remuneraciones devengadas por despido nulo. En relación a ello debemos indicar que precisamente el Pleno Jurisdiccional se caracteriza por establecer acuerdos que superan vacíos legislativos y que permiten solucionar aspectos controversiales a nivel de la jurisprudencia. Tal es el caso del acuerdo del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral que estableció que, precisamente, las acciones de reposición por despido incausado o fraudulento están sujetas al plazo de caducidad de 30 días (Tema Nº3), acuerdo que llenó un vacío legislativo pues el artículo 36 del TUO del Decreto Legislativo 728 no hace referencia en modo alguno al despido incausado y fraudulento, mutatis mutandi, el mismo razonamiento y justificación tendría equiparar los efectos del despido incausado y fraudulento a los efectos del despido nulo.

Finalmente, la justicia supranacional se ha referido al pago de los salarios caídos y otros beneficios sociales en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú, en la sentencia de fecha treinta y uno de enero del dos mil uno, en cuyo considerando ciento veintiuno ha señalado que: "esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar (68), **La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso (69), y para tal efecto dispone que el Estado debe pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación**. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que éstos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible" (sic). El subrayado es nuestro.

Por las consideraciones que anteceden mi voto es porque en los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas, sin perjuicio de que pueda solicitar el pago de una indemnización por daños y perjuicios por los conceptos no cubiertos por las remuneraciones devengadas. Alternativamente, de considerarlo, el trabajador puede demandar exclusivamente por indemnización por daños y perjuicios. Ambas pretensiones pueden solicitarse acumulativamente en la demanda de reposición.

Por estas consideraciones, **nuestro VOTO ES PORQUE SE ACUERDE LO SIGUIENTE:**

En los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición.

Ss.

WALDE JÁUREGUI

RODRÍGUEZ MENDOZA

TOLEDO TORIBIO

FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PROVISIONAL CARLOS GIOVANNI ARIAS LAZARTE

El voto del Señor Juez Supremo Provisional Carlos Giovanni Arias Lazarte es el siguiente:

1. El problema a dilucidar se orienta a determinar si el trabajador, que ha sufrido un despido incausado o fraudulento, tiene –o no- derecho al pago de remuneraciones devengadas por el periodo no laborado. O si en tales supuestos sólo tendría derecho al pago de una indemnización por los daños derivados del despido incausado o fraudulento, según sea el caso.

2. Sobre el particular corresponde precisar que si bien no hay norma expresa que autorice o disponga dicho pago de remuneraciones devengadas, sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley, y concordante con los principios del Derecho del Trabajo– corresponde precisar que el precepto del artículo 40º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (**LPCL**), puede ser interpretado extensivamente a estos efectos, debido a que nos encontramos frente al mismo supuesto, es decir, la reposición, por lo que podemos aseverar que sí le corresponde al trabajador el pago por las remuneraciones dejadas de percibir, monto que comprende todos los beneficios económicos, legales y convencionales, así como los pensionarios que se hubiesen generado en el mencionado periodo de inactividad.

3. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la STC Nº 976-2001 AA/TC, Llanos Huasco, ha precisado lo siguiente:

a) Los **efectos restitutorios** (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: **Despido nulo, despido incausado y despido fraudulento.**

b) La protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27º de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

[7] En el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2008 se adoptó por Mayoría la postura número tres que enuncia lo siguiente: "*Las remuneraciones dejadas de percibir con ocasión del despido de un trabajador repuesto mediante un proceso de amparo, pueden ser reclamadas en uno de pago de beneficios sociales y/o en un proceso de indemnización por daños y perjuicios. Estas pretensiones pueden demandarse en forma acumulativa o en procesos independientes*".

c) Cual sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una "protección adecuada" contra el despido arbitrario, ésta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente "arbitrario", es repulsivo al ordenamiento jurídico.

d) Por ello, cuando el artículo 27º de la Constitución establece que, contra el despido arbitrario, la ley dispensará una "protección adecuada", tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente. Al amparo de un acto arbitrario, como el despido inmotivado, no puede reclamarse el reconocimiento de derecho constitucional alguno.

e) La extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos.

f) La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos (incausados, fraudulentos y nulos), deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad de empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

g) En este singular caso, la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51º de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

h) Frente a tales actos la obligación de la jurisdicción debe ser **"disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumar"**.

4. En tal sentido, el artículo 40º de la **LPCL**, dispone que al declararse fundada la demanda de nulidad de despido: "el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses (...)".

5. Ello ocurre así, porque dicho despido se sustenta en los supuestos establecidos en el artículo 29º de la LPCL, en tanto son despidos pluriofensivos, que afectan el derecho al trabajo y a otros derechos que han adquirido relevancia en el marco del desarrollo histórico y social de nuestro país. De la misma naturaleza participan los despidos lesivos: incausados y fraudulentos.

6. En efecto, el razonamiento del Tribunal Constitucional en la STC Nº 976-2001 AA/TC, Llanos Huasco, conduce a considerar que los despidos lesivos, en tanto no son admitidos, tampoco debe tolerarse los efectos que ocasionen; tal como lo ha sancionado el artículo 40º de la **LPCL**.

7. En el despido nulo la **LPCL** aplica una triple sanción en caso se declare fundada la demanda de nulidad de despido, esto es, dispone la reposición del trabajador a sus labores habituales, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante todo el tiempo que duró el despido y el depósito de la compensación por tiempo de servicios. Es decir, el modelo adoptado por nuestro ordenamiento jurídico frente al despido lesivo de derechos fundamentales no contempla sólo una reincorporación del trabajador en su puesto de labores, sino que por el contrario, otorga una protección especial (o integral) ya que otorga una restitución en el sentido más amplio del término.

8. De desestimarse la petición de remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulentos e incausados bajo el argumento de que su abono se encuentra reservado sólo para cuando el trabajador impugne el despido mediante la acción de Nulidad de Despido prevista por el artículo 29º de la **LPCL**, conllevaría a que frente a hechos iguales (actos lesivos de derechos constitucionales) se estaría otorgando consecuencias jurídicas distintas. Dicha decisión importaría la inobservancia de lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil en virtud del cual el Juez está en la obligación de tener presente que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, asimismo, contravendría el principio de igualdad consagrada en el artículo 2.2 de la Norma fundamental que es la norma que mejor protege el derecho del trabajador en el caso planteado: "a igual razón, igual derecho".

9. No debe soslayarse que mediante la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, en los casos de despidos incausados o fraudulentos, se restablece automáticamente el vínculo laboral como si éste nunca se hubiere interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha caído pronunciamiento es el acto mismo del despido, no se crea derecho nuevo alguno en favor del trabajador; en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido durante el despido debe ser idéntico al transcurrido antes de él, toda vez que lo contrario significaría vaciar de contenido a la eficacia restitutoria, motivo por el cual la protección al derecho constitucional antes señalado debe efectuarse en toda su extensión, comprendiéndose dentro de él al abono de las remuneraciones devengadas, ya que la parte empleadora, en mérito a acto propio declarado judicialmente inconstitucional, no puede verse favorecida con el no pago de ellas, toda vez que ello conllevaría a que siga manteniendo esa actitud, que, además, tiene un efecto negativo frente a todos los otros empleadores del país.

10. Por ello corresponde al empleador asumir las consecuencias de su conducta lesiva dado que de no sancionarse este hecho implicaría una autorización tácita para que los empleadores despidan indebidamente a sus trabajadores quienes no sólo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación, u otros derechos colaterales derivados de la percepción de la remuneración[8], lo que constituiría un ejercicio abusivo del derecho proscrito por el Título Preliminar del Código Civil y que nace para enfrentar los excesos del derecho subjetivo.

11. Resulta relevante señalar que en caso de acreditarse un despido fraudulento o incausado la falta de labor efectiva no obedeció a una decisión injustificada del trabajador, sino a la decisión inconstitucional del empleador de pretender romper el vínculo laboral.

600

[8] CAS. N.º 1724-2004-LIMA.

12. Respecto a la naturaleza que tendrían las remuneraciones devengadas, DE FERRARI[9], descarta un provecho indebido en su percepción por parte del trabajador, pues ello obedece a una decisión arbitraria del empleador. Así, señala: «cuando el trabajador recibe el salario sin prestar el servicio, no puede decirse que percibe un provecho indebido. En realidad, en tales casos el empleador indemniza la inactividad a que condena al trabajador cuyos servicios contrató, porque sabe que el obrero vive de su trabajo y que el salario es su único ingreso».

13. La reposición por nulidad no constituye una nueva relación laboral, en el marco de un nuevo contrato, sino se mantiene vigente la misma relación laboral que el despido no puede extinguir, por lo que todo el tiempo que duro el despido debe ser adecuadamente protegido.

14. En caso el demandante no haya solicitado el pago de remuneraciones devengadas en un proceso de despido incausado o fraudulento, en atención a lo señalado en el artículo 87º del Código Procesal Civil que establece que en caso la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se considerarán tácitamente integradas a la demanda. Por consiguiente, corresponderá al Juez laboral tener presente lo señalado en el acto de calificación de demanda y/o al saneamiento y fijación de los puntos controvertidos que serán objeto de la decisión.

15. De lo señalado anteriormente, el despido nulo es equiparado al despido incausado, como al fraudulento en su gravedad, efectos y consecuencias, todos ellos participan de la misma naturaleza se trata de despidos pluriofensivos, que afectan a un conjunto de derechos fundamentales, no solo de naturaleza laboral, que requieren protección no solo resarcitoria, sino también restitutoria, y que tal restitución deberá realizarse en el goce integral y en el ejercicio pleno del derecho amenazado o vulnerado.

16. Más aún, si la consecuencia para todas esas modalidades de despido lesivo (nulo, incausado y fraudulento) **es la pérdida de toda eficacia legal**, en razón que se derivan de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos, por tanto su nulidad es manifiesta dado que no podría admitirse que produzca algún efecto válido para el orden jurídico aquella voluntad del empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes.

17. Lo señalado precedentemente constituye el marco de protección que a través del proceso de amparo se brinda a los trabajadores frente al despido incausado o fraudulento. Protección que tuvo su origen en sede Constitucional, y no en la vía ordinaria sobre la base de la consideración de que el bien protegido a través de la nulidad de despido, despido incausado y fraudulento, no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. (STC Nº 976-2002-AA/TC).

18. Sin embargo, en el I Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, celebrado en mayo del año 2012, las Salas Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema acordaron, que, en la vía laboral, se podía demandar la reposición tanto por despido fraudulento como por despido incausado, por ser una vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo.

19. Lo relevante es ahora señalar qué se entiende por vía igualmente satisfactoria, a fin de poder asumir una posición sobre el problema planteado. Para tal fin, es oportuno acudir al precedente vinculante establecido en la STC Nº 2383-2013 AA/TC, en la que el Tribunal Constitucional establece criterios para determinar cuando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria[10].

20. En efecto, en dicha sentencia se sostiene que la existencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria no supone verificar, simplemente, si existen "otras vías judiciales" mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, **sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida**.

21. Consecuentemente, cuando la Corte Suprema acuerda que la jurisdicción ordinaria especializada –*en materia laboral* - es una vía igualmente satisfactoria que el amparo, es consciente que está reconociendo y comprometiéndose a brindar una tutela igual o más efectiva, idónea o útil que el amparo en materia de pretensiones derivadas de la reposición laboral por despidos incausados o fraudulentos.

22. Lo señalado en el fundamento que antecede nos obliga a entender que la vía especializada laboral no sólo puede limitarse a brindar tutela resarcitoria respecto de los derechos y/o beneficios laborales afectados por el despido incausado o fraudulento, sino que también debe brindar tutela restitutoria de tales derechos, cuando ello corresponda.

23. Tratándose de las remuneraciones dejadas de percibir, y demás beneficios que se derivan de su percepción, por razón de despido incausado o fraudulento, es evidente que una tutela jurisdiccional –que se reclama ser- igualmente satisfactoria que el amparo no podría dejar de atenderla (conocer, tramitar y resolver ese tipo de pretensiones). No es la jurisdicción la que deba restringir el derecho del trabajador a pretender el reconocimiento de un derecho, pues ni siquiera la ley podría disponer, en el marco del Estado Constitucional actual, que de los actos fraudulentos o incausados, el empleador pudiera obtener alguna ventaja, como sería el no pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

24. En tal sentido, la pretensión resarcitoria no puede sustituir –como regla- a la pretensión restitutoria de derechos, aun cuando en algún supuesto pudieran coincidir. Ambas tienen y atienden a tutelas distintas.

25. Por lo expuesto y atendiendo a la naturaleza del acuerdo si bien no sería necesario precisar la existencia – o no - de un cambio de criterio, no obstante, de ser necesario, sustento el voto en lo previsto por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por estas consideraciones, **mi VOTO ES PORQUE SE ACUERDE LO SIGUIENTE:**

En los procesos de reposición por despido incausado o fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición.

Ss.

ARIAS LAZARTE

[9] DE FERRARI, Francisco, Lecciones de Derecho del Trabajo, T. II, Montevideo: Facultad de Derecho, 1962, p.210.

[10] Visto: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02383-2013-AA.pdf.

1550981-1

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 03410-2017-0-1817-SP-CO-07

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Comercial Permanente. Exp. N° 03410-2017-0-1817-SP-CO-07. Lima, 10 de agosto del 2017.

PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA COMERCIAL PERMANENTE[1]

Expediente Nº	:	**03410-2017-0-1817-SP-CO-07**
Demandante	:	**Teodoro Cuno Salcedo**
Demandado	:	**Oficina de Normalización Previsional**
Materia	:	**Ejecución de Laudo Arbitral**
Juzgado	:	**7° Juzgado Civil Subespecialidad Comercial**
Vista de la Causa	:	**10.08.2017 (4)**

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS
Lima, diez de agosto
del año dos mil diecisiete

I. VISTOS:

Habiéndose analizado y debatido la causa, conforme lo prescriben los Artículos 131° y 133° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: Echevarría Gaviria, Diaz Vallejos y **Vílchez Dávila,** quien interviene como ponente, emiten la siguiente decisión judicial:

II. ASUNTO:

Vienen en grado el recurso de apelación interpuesto por el demandante Teodoro Cuno Salcedo, mediante escrito de fecha 24 de febrero de 2017, obrante de folios 60 a 62, contra la resolución número uno de fecha 21 de febrero de 2017, obrante de folios 29 a 31, que declaró improcedente la demanda de ejecución de laudo arbitral interpuesta contra la Oficina de Normalización Previsional.

[1] Resolución Administrativa N° 001-2017-P-CSJL/PJ. Publicado en el Diario El Peruano el 03 de enero de 2017

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante señala como agravios el hecho que el Laudo Arbitral materia de ejecución constituye un documento idóneo que acredita que la obligación es cierta, expresa y exigible, además de contener una suma liquidable mediante operaciones aritméticas, siendo incluso que acompaña "Liquidación de Pago Único".

IV. ANALISIS DEL CASO:

De los Límites de la Absolución del Grado

4.1. De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional Superior examine, a solicitud de parte o tercero legitimado la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente. La apelación como recurso ordinario para impugnar autos y sentencias está regida por Principios específicos que orientan su actuación entre los cuales destacan: el *"Tantum devolutum quantum apellatum"*, y el de la prohibición de la *"reformatio in peius"*. El primero, estrechamente ligado a los Principios dispositivo y de congruencia procesal, significa que el órgano revisor (*Ad quem*) al resolver la apelación deberá pronunciarse sólo sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en su recurso. El segundo, es uno de los principios característicos del recurso de apelación, implicando el impedimento del órgano revisor de modificar la resolución impugnada empeorando la situación del apelante, salvo que exista apelación o adhesión de la otra parte (*el apelado*).

De la potestad nulificante

4.2. Dentro del marco de la garantía constitucional referida a la observancia del debido proceso, es necesario que al absolverse el grado no sólo se reexamine la resolución apelada, sino también se cautele la pureza del procedimiento, teniendo en consideración que las disposiciones contenidas en la ley procesal son de carácter imperativo, conforme a lo dispuesto por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, lo cual obliga al Colegiado, al encontrarse frente a una irregularidad que transgrede un principio y derecho de la función jurisdiccional, a declarar en forma **excepcional** la nulidad de los actos

procesales, esto es, dentro del marco de la potestad nulificante del Juzgador acogido en el artículo 176° in fine del acotado Código Procesal Civil.

De la competencia para conocer de los procesos de ejecución de laudos arbitrales en materia laboral o previsional

4.3. La competencia de los órganos jurisdiccionales se rigen por el principio de legalidad, en virtud del cual la competencia sólo puede ser establecida por la ley; este principio se encuentra reconocido en el primer párrafo del artículo 6° del Código Procesal Civil.

4.4. Si bien el numeral 3 del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008, establece que para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia, lo cierto es que dicho dispositivo legal se dicto antes de la promulgación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley N° 29497, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 15 de enero de 2010, que establece expresamente, en el numeral 5 del artículo 2°, que los Juzgados Laborales tienen competencia, en primera instancia, para conocer de los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP); lo cual es concordante con el artículo 51° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado con igual tenor por la Primera Disposición Modificatoria de la acotada Ley Procesal[2].

[2] Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Artículo 51.- Competencia de los juzgados especializados de trabajo Los juzgados especializados de trabajo conocen de todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivas originadas con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa, sea de derecho público o privado, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia las pretensiones relacionadas a:
a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.
b) La responsabilidad por daño emergente, lucro cesante o daño moral incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.
c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.
d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.
e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.
f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.
g) Los conflictos vinculados a un sindicato y entre sindicatos, incluida su disolución.
h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.
i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.
j) El Sistema Privado de Pensiones.

4.5. Así también, cabe indicar que los artículos II[3] y 2[4] de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, define como ámbito material de la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; los mismos que pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios; entres los que se incluyen pretensiones relacionadas a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, así

---

k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral.
l) Las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público.
m) Las impugnaciones contra actuaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo.
n**) Los títulos ejecutivos cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP**).
o) Otros asuntos señalados por ley."

[3] Nueva Ley Procesal del Trabajo: "Artículo II.- Ámbito de la justicia laboral. Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo. Tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios."

[4] Nueva Ley Procesal del Trabajo: "Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo.
Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:
1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.
Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:
a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.
b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.
c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.
d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.
e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.
f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.

g) Los conflictos vinculados a una organización sindical y entre organizaciones sindicales, incluida su disolución.
h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.
i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.
j) El Sistema Privado de Pensiones.
k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral; y
l) aquellas materias que, a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario laboral. Conoce las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).
2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.
3. En proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.
4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.
5. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

como las prestaciones de salud y pensiones de invalidez; siendo que en el literal c) del artículo 57° de acotada Ley Procesal expresamente se establece que **son títulos ejecutivos, que se tramitan en el proceso de ejecución, los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia, resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral**; razones por las cuales corresponde a los Juzgados Laborales conocer de las demandas de ejecución de laudos arbitrales que resuelvan conflictos de naturaleza previsional.

4.6. En consecuencia, no corresponde al Sétimo Juzgado Civil Subespecializado en lo Comercial conocer de las demandas de ejecución de laudos arbitrales que resuelven conflictos de naturaleza laboral o previsional, si no que más bien el órgano jurisdiccional competente para conocer de estas demandas son los Juzgados Laborales de la Corte de Lima; debiéndose remitir los autos al órgano jurisdiccional competente.

4.7. Finalmente, debe señalarse que los Jueces Superiores que suscriben, a tenor de lo establecido en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se apartan del criterio asumido en otras decisiones respecto a la competencia de las salas comerciales para conocer de los recursos de anulación de laudo arbitral, independientemente de la materia jurídica que se resuelva en dichas decisiones arbitrales.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, éste Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138º de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, se resuelve:

Anular todo lo actuado y declarar que el Sétimo Juzgado Civil Subespecializado en lo Comercial es incompetente para conocer de la demanda de ejecución de laudo arbitral interpuesta por el señor Teodoro Cuno Salcedo; y ordenaron **REMITIR** los autos a la Mesa de Partes de los Juzgados Laborales de Lima, para que lo deriven aleatoriamente al Juzgado Laboral competente.

En los seguidos por TEODORO CUNO SALCEDO, contra la OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL sobre EJECUCI´N DE LAUDO ARBITRAL.
RVD

ECHEVARRÍA GAVIRIA DIAZ VALLEJOS

VILCHEZ DAVILA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 00234-2017-0-1801-SP-LA-01

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Laboral Permanente. Exp. N° 00234-2017-0-1801-SP-LA-01. Lima, 19 de junio del 2017.

EXPEDIENTE: 00234-2017-0-1801-SP-LA-01
MATERIA : IMPUGNACION DE LAUDOS ARBITRALES
DEMANDADO : RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS ,
PIZARRO DIAZ, MONICA BEATRIZ ARBITRO UNIPERSONAL
DEMANDANTE : CONDOR HERRERA, JULIAN

SEÑORES
MONTES MINAYA
SERPA VERGARA
CANALES VIDAL

RESOLUCIÓN NUMERO UNO.-
Lima, Diecinueve de junio
De dos mil diecisiete.-

Por recibido los actuados y dando cuenta del escrito de demanda de Impugnación de laudo arbitral presentado por Julian Cóndor Herrera; y, ***ATENDIENDO****:* ***PRIMERO****: La Primera Sala Comercial Permanente remite los actuados en mérito a la Resolución N°06 del 23 de marzo de 2017, en la cual se declara incompetente para conocer del recurso de anulación interpuesto por Julián Cóndor Herrera contra el Laudo Arbitral del 07 de Junio de 2016, expedido por el Arbitro Único Mónica Pizarro Díaz, proceso arbitral seguido contra Rimac Seguros y Reaseguros y ordenan remitir los autos a las Salas Laborales de Lima.*

SEGUNDO*: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 3º concordado con el artículo 50º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo –Nº 29497, esta Sala Superior resulta competente para conocer de las pretensiones en materia de Impugnación de laudos arbitrales.*

TERCERO*: En la presente demanda concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, configurándose lo dispuesto en los artículos 16º y 17º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Nº 29497, en cuanto a la postulación del proceso se refiere; Artículo 51° del mismo cuerpo de leyes; dispositivos referidos a la Impugnación de Laudo Arbitral en materia laboral; así como el inciso 1) del artículo 64 del Decreto Legislativo N°1071 que Norma el Arbitraje y los previstos en los*

artículos 130º, 131º, 132º, 426º y 427º del Código Procesal Civil; aplicable supletoriamente al proceso laboral.

Por las razones expuestas ***DISPUSIERON****:*

1. ***ADMITIR*** *a trámite la demanda interpuesta por* ***Julián Cóndor Herrera*** *sobre Impugnación de Laudo Arbitral, señalando como causales de anulación las contenidas en los literales b) y c) del numeral 1) del artículo 63° del Decreto N°1071 Ley de Arbitraje, acción interpuesta contra* ***RÍMAC SEGUROS Y REASEGUROS, confiérase traslado a la demandada y al Árbitro Unipersonal Dra. Mónica Beatriz Pizarrro Díaz, para que en el plazo de 10 DÍAS contesten la demanda.*** *Téngase por ofrecidos sus medios probatorios, debiendo notificárseles a los domicilios señalados por el demandante, bajo apercibimiento de ser declarados en rebeldía.* ***A los otrosíes****: Téngase presente, así como también la* ***CASILLA ELECTRONICA y CASILLA*** *de la Central De Notificaciones Del Poder Judicial* ***A los Anexos:*** *Agréguese a los autos.*

2. ORDENARON*: Dejar subsistente los documentos anexos al escrito de subsanación de la demanda del 27 de Octubre de 2016, debiendo notificarse la presente resolución con copia de los mismos.*

3. REQUIERASE: *A la demandada presente los antecedentes que generaron el Expediente Arbitral materia de la presente impugnación.* ***AVOCANDOSE*** *al conocimiento de la presente causa los señores magistrados que suscriben por disposición superior.*

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 00268-2016-0-1817-SP-CO-01

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Comercial Permanente. Exp. N° 00268-2016-0-1817-SP-CO-01. Lima, 23 de marzo del 2017

PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA COMERCIAL PERMANENTE[1]

Expediente Nº	:	**00268-2016-0-1817-SP-CO-01**
Demandante	:	**Julián Condor Herrera**
Demandado	:	**Rimac Seguros y Reaseguros**
Materia	:	**ANULACION DE LAUDO ARBITRAL**
Vista de la Causa	:	**23.03.2017 (1)**

LAS SALAS LABORALES SON LAS COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS RECURSOS DE ANULACIÓN DE LAUDO QUE SE INTERPONGA CONTRA LAUDOS ARBITRALES QUE RESUELVEN CONFLICTOS DE NATURALEZA LABORAL O PREVISIONAL

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS
Lima, veintitrés de marzo
del año dos mil diecisiete

I. VISTOS:

Habiéndose analizado y debatido la causa, conforme lo prescriben los Artículos 131° y 133° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: Echevarría Gaviria, **Vílchez Dávila,** quien interviene como ponente y Prado Castañeda, emiten la siguiente decisión judicial:

II. RESULTA DE AUTOS:

Del recurso de anulación de laudo

2.1. De folio 126 a 139, subsanada de folios 184 a 189, obra el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, interpuesto por Julián Cóndor Herrera, contra el Laudo Arbitral de fecha 6 de junio de 2016, expedido por el

[1] Resolución Administrativa N° 001-2017-P-CSJL/PJ. Publicado en el Diario El Peruano el 03 de enero de 2017

Arbitro Único Mónica Pizarro Díaz, en el proceso arbitral seguido por la recurrente contra Rimac Seguros y Reaseguros, invocando la causal contenida en el inciso **b) y c)** del numeral 01 del artículo 63° del Decreto Legislativo Nº 1071, a fin que se anule el laudo arbitral[2] de fecha 6 de junio de 2016.

2.2. La recurrente sustenta su pretensión impugnatoria en el hecho que: **i)** el Laudo contendría una motivación aparente, al no pronunciarse sobre los requerido ni haber considerado lo alegado por su parte; **ii)** el Arbitro Único no puede motivar en contra de una parte cuando la negligencia fue del árbitro que no recabo el medio probatorio oportunamente ofrecido; y **iii)** el Laudo no cumple con los precedente vinculantes del Tribunal Constitucional respecto de la valoración del certificado médico ofrecido como medio probatorio.

De la absolución del recurso de anulación de laudo arbitral

2.3. La parte emplazada absuelve el traslado conferido del recurso de anulación de laudo arbitral señalando que lo que pretende el recurrente es que la Sala se pronuncie sobre el fondo de la controversia que fue materia del proceso arbitral y que es falso que en el proceso arbitral se haya afectado el debido proceso o no se haya cumplido con la debida motivación del Laudo.

III. ANALISIS DEL CASO:

Del recurso de anulación de laudo arbitral

3.1. Nuestro sistema jurídico ha dotado a los participantes del arbitraje de un mecanismo de revisión estatal de la actuación de los árbitros. El régimen de revisión judicial del arbitraje establece que quien pretenda cuestionar la actuación o decisión arbitral, debe recurrir al Poder Judicial, a través del recurso de anulación. El artículo 62° del Decreto Legislativo N° 1071, establece que el recurso de anulación es el único medio de impugnación de laudo arbitral, el cual tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en

[2] **1.-** Declarar Fundada en parte la demanda y ordeno que RIMAC INTERNACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. brinde al señor Julián Cóndor Herrera un pago único equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Permanente Total al haberse determinado que el demandante padece únicamente de la enfermedad de Hipoacusia Neurosensorial Bilateral cuyo origen es ocupacional.

dicho decreto legislativo[3]. Estas causales que justificaría someter la decisión de los árbitros a un juicio de validez por parte del órgano jurisdiccional competente y por consiguiente, permitirían la anulación de la actuación arbitral, están referidas a la tutela del derecho al debido proceso arbitral, a la tutela del orden público y a la reserva judicial de los asuntos extraídos de la libre disposición de los particulares o no pronunciamiento sobre materias no arbitrables.

3.2. Ahora bien, cabe indicar que el recurso de anulación, que constituye una pretensión impugnativa que activa el sistema de revisión judicial del arbitraje, establece los límites de la labor del órgano jurisdiccional competente, el cual ve restringida su función a las causales taxativamente contempladas en la norma e invocadas por la parte recurrente, encontrándose impedido de someter a evaluación el criterio adoptado por los árbitros al decidir el fondo de la controversia[4]; ello en razón, a que si se permitiera que en sede judicial analizar el fondo de la controversia, se contravendría la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, por el cual renunciaron a la jurisdicción estatal y se sometieron a la competencia de los árbitros para la solución de sus conflictos.[5]

De la competencia para conocer recursos de anulación de laudo arbitral en materia laboral o previsional

3.3. La competencia de los órganos jurisdiccionales se rigen por el principio de legalidad, en virtud del cual la competencia sólo puede ser establecida por la ley; este principio se encuentra reconocido en el primer párrafo del artículo 6° del Código Procesal Civil.

---

[3] Decreto Legislativo N° 1071, Artículo 62°, inciso 1): "Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°"

[4] Decreto Legislativo N° 1071, Artículo 62°, inciso 2):" El recurso se resuelve declarando la validez o nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia p calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral"

[5] En el mismo sentido LEDESMA NARVAEZ afirma que: «El recurso de anulación tiene un contenido limitado y va dirigido a velar por el cumplimiento de la pureza del procedimiento arbitral y su procedencia pero nunca a revisar el fondo del asunto ni la decisión que sobre el mismo los árbitros hayan podido adoptar (…) **No es posible discutir los fundamentos del laudo ni el acierto de sus disposiciones**, porque no se transfiere al tribunal revisor la facultad de decidir, que es exclusiva de los árbitros, porque las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de intervención, que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, que son precisamente las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse". **LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA**, Laudos Arbitrales y Medios Impugnatorios, en Cuadernos Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica, Lima, Noviembre 2005.

3.4. Si bien el numeral 4 del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008, establece que corresponde a la Sala Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje, conocer del recurso de anulación del laudo, lo cierto es que dicho dispositivo legal se dicto antes de la promulgación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley N° 29497, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 15 de enero de 2010, que establece expresamente, en el numeral 2 del artículo 3°, que las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, para conocer de los recursos de "anulación de laudo arbitral que resuelva un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a la ley de arbitraje"; lo cual es concordante con el artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado con igual tenor por la Primera Disposición Modificatoria de la acotada Ley Procesal[6].

3.5. Así también, cabe indicar que los artículos II[7] y 2[8] de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, define como ámbito material de la justicia laboral

---

[6] Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Artículo 42°.- Competencia de las Salas Laborales. Las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, en las materias siguientes:

a. Proceso de acción popular en materia laboral.
b. <u>Anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto de naturaleza laboral.</u>
c. Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva.
d. Conflictos de competencia promovidos entre juzgados de trabajo y entre estos y otros juzgados de distinta especialidad del mismo distrito judicial.
e. Conflictos de autoridad entre los juzgados de trabajo y autoridades administrativas en los casos previstos por la ley.
f. Los demás que señale la ley."

[7] Nueva Ley Procesal del Trabajo: "Artículo II.- Ámbito de la justicia laboral. Corresponde a la justicia laboral resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; están excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo. Tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios."

[8] Nueva Ley Procesal del Trabajo: "Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo. Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.
b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.
c) Los actos de discriminación en el acceso, ejecución y extinción de la relación laboral.
d) El cese de los actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de acoso moral y hostigamiento sexual, conforme a la ley de la materia.
e) Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.
f) La impugnación de los reglamentos internos de trabajo.

resolver los conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; los mismos que pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios; entres los que se incluyen pretensiones relacionadas a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, así como las prestaciones de salud y pensiones de invalidez; razones por las cuales corresponde a las Sala Labores conocer de los recursos de anulación respecto de laudo que resuelvan conflictos de naturaleza previsional.

3.6. En consecuencia, no corresponde a la Primera Sala Comercial Permanente de Lima[9] conocer de los recursos de anulación de laudo que se interponga contra laudos arbitrales que resuelven conflictos de naturaleza laboral o previsional, si no que más bien el órgano jurisdiccional competente para conocer de estos recursos de anulación contra laudos que resuelven materias de naturaleza laboral, son las Salas Laborales de la Corte de Lima; debiéndose remitir los autos al órgano jurisdiccional competente.

3.7. Finalmente, debe señalarse que los Jueces Superiores que suscriben, a tenor de lo establecido en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se apartan del criterio asumido en otras decisiones respecto a la competencia de las salas comerciales para conocer de los recursos de anulación de laudo arbitral, independientemente de la materia jurídica que se resuelva en dichas decisiones arbitrales.

---

g) Los conflictos vinculados a una organización sindical y entre organizaciones sindicales, incluida su disolución.
h) El cumplimiento de obligaciones generadas o contraídas con ocasión de la prestación personal de servicios exigibles a institutos, fondos, cajas u otros.
i) El cumplimiento de las prestaciones de salud y pensiones de invalidez, a favor de los asegurados o los beneficiarios, exigibles al empleador, a las entidades prestadoras de salud o a las aseguradoras.
j) El Sistema Privado de Pensiones.
k) La nulidad de cosa juzgada fraudulenta laboral; y
l) aquellas materias que, a criterio del juez, en función de su especial naturaleza, deban ser ventiladas en el proceso ordinario laboral. Conoce las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).
2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.
3. En proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical.
4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.
5. Los procesos con título ejecutivo cuando la cuantía supere las cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

[9] Resolución Administrativa N° 001-2017-P-CSJL/PJ. Publicado en el Diario El Peruano el 03 de enero de 2017

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, éste Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138º de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, se resuelve:

Anular todo lo actuado en esta instancia y declarar que la Primera Sala Comercial de Lima es incompetente para conocer del recurso de anulación interpuesto por Julián Cóndor Herrera, contra el Laudo Arbitral de fecha 6 de junio de 2016, expedido por el Arbitro Único Mónica Pizarro Díaz, en el proceso arbitral seguido por la recurrente contra Rimac Seguros y Reaseguros; y ordenaron **REMITIR** los autos a la Mesa de Partes de las Salas Laborales de Lima, para que lo deriven aleatoriamente a la Sala Laboral competente.

En los seguidos por JULIÁN CÓNDOR HERRERA, contra RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS sobre ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.
RVD

ECHEVARRÍA GAVIRIA **VILCHEZ DÁVILA**

PRADO CASTAÑEDA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 00087-2017-0-1817-SP-CO-02

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 00087-2017-0-1817-SP-CO-02. Lima, 21 de marzo del 2017

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE : 00087-2017-0-1817-SP-CO-02
MATERIA : ANULACION DE LAUDOS ARBITRALES
RELATOR : PALOMINO SANTILLANA SIMEON AMILCAR
DEMANDADO : VENTURO SANCHEZ, SAMUEL DARWIN
DEMANDANTE : RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS

SS. ROSSELL MERCADO
ARRIOLA ESPINO
RIVERA GAMBOA

Resolución número CUATRO
Miraflores, veintiuno de marzo
Del año dos mil diecisiete.-

AUTOS Y VISTO; y, **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, en el Código Procesal Civil por principios de Vinculación y de Formalidad artículo IX del título preliminar "*Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo…Sin embargo el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada*".

Por principios de Legalidad y Trascendencia de la nulidad el artículo 171 "*La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito*".

En cuanto a la oportunidad, trámite y de oficio de la nulidad de acto procesal el artículo 176 "…*Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda*" Y en cuanto al contenido de la resolución que declara la nulidad su artículo 177 establece "*La resolución que declara la nulidad ordena la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin*…". **SEGUNDO:** Que, la competencia es una institución procesal regida por el principio de legalidad, cuyo objetivo es hacer más efectiva y funcional la administración de justicia, surgiendo a partir de la necesidad del Estado de distribuir el poder jurisdiccional entre los distintos jueces con los que cuenta y por la evidente imposibilidad de concretar en uno solo o en un grupo reducido de ellos tan importante función pública; **TERCERO:** Que, mediante Ley Nº 29497, se aprobó la nueva ley procesal del Trabajo que, en su artículo 3° incisos "2" y "3" establece que es competencia de las Salas Superiores Laborales la "*anulación de laudo arbitral que resuelve un conflicto un conflicto jurídico de naturaleza laboral, a ser tramitada conforme a le Ley de Arbitraje*" e "*Impugnación de laudos arbitrales derivados de una negociación colectiva, a ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la presente ley*"; **CUARTO:** Los de materia proviene de una controversia nacida en el desacuerdo de Rimac Seguros y Reaseguros respecto del porcentaje de incapacidad laboral fijada por el correspondiente equipo médico para, en función a ello, fijar la pensión de un extrabajador, por lo tanto se trata de una controversia con fondo pensionario y no laboral y como tal, no está inmerso en la previsiones

del acotado artículo 3° de la Ley 29497; **QUINTO:** Con lo concluido en el considerando precedente se hace evidente que al expedir la resolución uno del diez de marzo último se incurrió en nulidad insubsanable y reponiendo los actuados al estado que le corresponde, debe procederse a calificar el recurso de anulación de laudo arbitral que motiva los presentes actuados; **SEXTO:** Calificando el recurso de anulación de laudo arbitral, conjuntamente al escrito 2519-2017 presentado por la propia recurrente, **al principal, primer y cuarto otrosíes**, con lo expuesto, recibos de arancel judicial y documentos que adjunta**:** y, **ATENDIENDO: A)** Para la admisibilidad y procedencia del Recurso interpuesto es necesario el cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 63º y 64º del Decreto Legislativo 1071 -Ley de Arbitraje-, así como con aquellos exigidos por normas procesales de aplicación supletoria; **B)** Las citadas normas contemplan requisitos especiales de admisibilidad: " i) la interposición del Recurso de Anulación dentro de los veinte días siguientes de notificado el laudo o la última decisión que resuelve sobre su rectificación, interpretación, integración o exclusión o de transcurrido el plazo para resolver tales cuestiones, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado; ii) la indicación precisa de las causales de anulación, debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes; iii) la acreditación de reclamo expreso ante el Tribunal Arbitral y su desestimación, y, iv) el cumplimiento de cualquier otro requisito pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo "; el presente recurso trae como causal de anulación de laudo arbitral la ubicada en el inciso "b" del numeral uno del artículo 63 de la acotada ley en cuanto a falta de motivación; **C)** En el caso de autos se aprecia que la recurrente ha cumplido la omisión anotada en la resolución uno así como observado los requisitos de las normas acotadas; por estas razones, corresponde admitir a trámite el recurso de anulación arbitral planeado.

Estando a las consideraciones expuestas, **resolvieron** declarar:

a) Nula la resolución dos de fecha diez de marzo del año en curso, y, reponiendo el proceso a su estado corresponde calificar el recurso de anulación de laudo arbitral conjuntamente con su escrito subsanatorio;

b) **ADMITIR** a trámite el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral por la causal contemplada en el literal **G** del numeral 1 artículo 63 de la Ley de Arbitraje; interpuesto por la **RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS,** teniéndose ***por ofrecidos sus medios probatorios*** que serán merituados oportunamente, y ***presente el domicilio real y procesal y electrónico*** señalados; asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64º de la Ley aplicable, antes citada: **CORRASE TRASLADO** del mencionado Recurso de Anulación al señor **SAMUEL DARWIN VENTURO SANCHEZ,** por el plazo de **VEINTE DÍAS** para que expongan lo conveniente a su derecho y ofrezcan las pruebas que considere convenientes; y, a fin de verificar la veracidad de los argumentos expuestos por el recurrente, resulta pertinente la aplicación de la facultad prevista en el numeral 2 del artículo 64º de la Ley de Arbitraje, en consecuencia: **SOLICITARON AL TRIBUNAL ARBITRAL** la remisión en el plazo perentorio de **DIEZ DIAS** de las copias del expediente arbitral materia del presente proceso. **AL SEGUNDO Y TERCER OTROSIES:** Téngase presente.- **NOTIFICANDOSE y OFICIANDOSE.-**

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 6302-2016-0

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 6302-2016-0. Lima, 7 de marzo del 2017.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE Nº : 6302-2016-0
DEMANDANTE : CASTILLO SANTANA AURELIO VICTOR
DEMANDADO : ASEGURADORA RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS
MATERIA : OBLIGACION DE DAR SUMA DE DINERO

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES.

Lima, siete de marzo de
dos mil diecisiete.

VISTOS: Es materia de apelación por parte del ejecutante Aurelio Víctor Castillo Santana, el auto contenido en la **resolución 02** de fecha 13 de junio de 2017, por la cual se rechaza la demanda.

Interviniendo como ponente el señor Juez Superior ***Rivera Gamboa;*** **y,**

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La apelación interpuesta se sustenta en que el recurrente cumplió con aclarar y precisar lo solicitado por el Juzgado habiendo presentado la documentación pertinente según la Ley de Arbitraje, que por el sólo mérito de la presentación del laudo debe dar lugar al mandato de ejecución.

SEGUNDO: Se aprecia de autos la siguiente cronología procesal relevante

1. El recurrente interpuso demanda de ejecución de laudo arbitral.
2. Por resolución 01 se declaró inadmisible dicha demanda, requiriéndose el actor la presentación de “instrumental idónea que acredite la firmeza del laudo” y el original de “la carta notarial de fecha 28 de setiembre de 2015”.

3. Por escrito de fojas 32 el ejecutante formula alegaciones con base en la Ley de Arbitraje, para sustentar el cumplimiento de lo requerido por ley a efectos de la ejecución del laudo arbitral que demanda, pretendiendo con ello que el Juzgado tenga por cumplidas sus observaciones.
4. Por resolución 02 se consideró que no se habían cumplido los requerimientos antedichos y se rechazó la demanda.

TERCERO: El artículo 139 inciso 3 de la Constitución consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que es aquél en virtud del cual todo sujeto de derecho puede impetrar el servicio estatal de justicia mediante la actividad de los órganos judiciales con sujeción a las garantías del debido proceso, para el ejercicio o defensa de sus derechos.

Esto supone una relación entre el particular que requiere la prestación del servicio estatal de justicia, y el aparato judicial que lo brinda, relación que es de derecho público y como tal sujeta a regulación imperativa que configura por un lado el derecho del justiciable de acceder al servicio y las condiciones en que debe hacerlo, y por otra parte la correspondiente actividad del órgano jurisdiccional.

En ese orden de ideas, es pertinente lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la STC Nro. 3610-2008-AA/TC:

> *"3. Para recurrir al Órgano Jurisdiccional, se ha establecido algunos requisitos que debe contener la demanda, esto es, que la persona que se sienta afectada por la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho, en el caso de acudir ante el Órgano Jurisdiccional para alcanzar la protección de este, a través del juez, deberá satisfacer los presupuestos procesales de forma, y los presupuestos procesales de fondo o materiales.*
> *4. Los presupuestos procesales son "las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez sobre el mérito".*

Por tanto, no obstante el carácter fundamental del derecho de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, su ejercicio se encuentra condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, sin los cuales no es posible que el justiciable obtenga la prestación del servicio de justicia estatal. Ciertamente tales requisitos deben estar fijados por la ley, debiendo, además, ser interpretados razonablemente y con sujeción al principio *pro actione*. Según nomenclatura convencional casi uniformemente aceptada, tales requisitos son los presupuestos procesales materiales o de fondo y los presupuestos procesales de forma.

CUARTO: Los presupuestos procesales materiales o de fondo son aquellos elementos que necesariamente deben concurrir en todo proceso judicial, y sin los cuales no es jurídicamente posible que exista un pronunciamiento jurisdiccional sobre el tema de fondo, es decir, sobre la pretensión procesal sometida a conocimiento judicial. Tales requisitos o presupuestos, son: la legitimidad para obrar, el interés para obrar y la posibilidad jurídica de lo pretendido.

Los presupuestos procesales de forma interesan a los efectos de tener por entablada una relación procesal válida, y su inobservancia impedirá la emisión de una sentencia de mérito, pues al existir una relación procesal viciada, no podrá emitirse pronunciamiento válido. Son: la capacidad procesal, la competencia del juez y los requisitos de la demanda.

QUINTO: Los requisitos de la demanda son aquellos establecidos por la ley, en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, entre los cuales encontramos algunos que son de pura forma, y otros que son esenciales, como por ejemplo, el petitorio y los hechos, que son de tal importancia en el proceso que son protegidos por el principio de congruencia procesal. La viabilidad de la demanda está sujeta a la satisfacción adecuada de tales requisitos, pues caso contrario se genera una inadmisibilidad o improcedencia de su postulación.

SEXTO: Tales requisitos de la demanda deben estar establecidos objetivamente y de modo previo y general por el ordenamiento jurídico, atendiendo a la naturaleza de la pretensión y del proceso, y no pueden ser creados *ad libitum* por el juzgador, pues no le compete a éste exigir formalidades no previstas por la ley, pues ello importaría la creación de barreras para el acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva.

SETIMO: En el caso concreto se advierte que la juzgadora de primera instancia a exigido el cumplimiento de requisitos sin sustento legal alguno, como se desprende de la propia resolución 01, que no refiere a norma jurídica alguna que imponga la necesidad de la presentación de los documentos que requiere, por lo que en puridad se trata más bien de un acto de voluntad que de un imperativo legal.

OCTAVO: En efecto, la demanda presentada proceso es una de ejecución de laudo arbitral que implica la colaboración judicial con el arbitraje, según prevé el D. Leg. 1071, con base en lo dispuesto por su artículo 68.3 y el artículo 688 inciso 2) y siguientes del Código Procesal Civil, debiendo interpretarse tales disposiciones en el marco de lo dispuesto por la Décima Disposición Complementaria del citado D. Leg. 1071.

En ese sentido, es claro que si bien el artículo 688 dispone que es título de ejecución el laudo firme, sin embargo, la exigencia de tal calidad (de ser firme) debe ser entendida según la regulación del arbitraje en la ley especial, cuyo artículo 59 establece que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, lo cual no obsta –si fuere el caso- para la emisión de pronunciamiento sobre algún pedido post laudo permitido por el artículo 58 y que integra el laudo mismo, luego de lo cual cesan las actuaciones arbitrales, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 inciso 1) de la Ley de Arbitraje. En ese sentido, requerir la presentación de *"documentación idónea que acredite la firmeza del laudo"* carece de asidero, resultando injustificado que se tenga por no subsanada dicha observación, más aún si el ejecutante explicó las razones legales por las cuales no correspondía dicha observación, y sobre lo cual nada se dice en la apelada.

NOVENO: En igual sentido se aprecia que la exigencia de presentación del original de "la *carta notarial de fecha 28 de setiembre de 2015"* resulta –además de equivocada, pues no existe ninguna carta notarial de dicha fecha que hubiera sido presentada como recaudo de la demanda- carece de sustento legal habida cuenta lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley de Arbitraje, no siendo la etapa de calificación de la demanda una en que pueda anticiparse la idoneidad probatoria de la instrumental adjuntada, que justifique el requerimiento de una clase específica de documento de las previstas en el artículo 234 del Código Procesal Civil.

DECIMO: De lo expuesto se concluye que existen suficientes elementos que invalidan el auto recurrido, por lo que se colige que éste ha incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 171 CPC.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, este Colegiado **RESUELVE:**

- **Declarar NULA** la resolución DOS, debiendo reponerse la causa hasta el estado de calificarse la demanda, con arreglo a ley y las consideraciones de la presente.

Notifíquese y procédase conforme a lo dispuesto en el art. 383 CPC.

En los seguidos por INTERBANK contra Alejandro Bernardo Cárdenas Carreño sobre Obligación de Dar Suma de Dinero**.**

ROSSELL MERCADO ARRIOLA ESPINO

RIVERA GAMBOA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 146-2016

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 146-2016. Lima, 28 de febrero del 2017.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

- La causal de anulación prevista en el artículo 63 inciso 1) literal c) de la Ley de Arbitraje, radica en el incumplimiento de reglas del procedimiento arbitral, vale decir, normas concernientes a la sustanciación del arbitraje, entendidas como aquellas que regulan el decurso del arbitraje y que, por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en el caso concreto. Por tanto, dicha causal no está referida a eventuales infracciones a los términos contractuales pactados entre las partes o a las normas sustantivas que regulan la materia controvertida.

EXPEDIENTE Nº : 146-2016.
DEMANDANTE : MARIN CONDOR LUNA.
DEMANDADO : RÍMAC INTERNACIONAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS.
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE.
Lima, veintiocho de febrero
de dos mil diecisiete.-

VISTOS: con el expediente arbitral de fojas 765, que en copias se tiene a la vista. Interviniendo como ponente el señor Juez Superior ***Rivera Gamboa.***

I. <u>RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL</u>.

MARIN CONDOR LUNA, interpone recurso de anulación parcial contra los puntos resolutivos 3.3 y 3.4 del laudo arbitral contenido en la resolución N° 20 de fecha 16 de noviembre de 2015, emitido en el proceso arbitral que siguió contra ***Rímac Seguros y Reaseguros***.

<u>PRETENSIÓN PROCESAL</u>. El demandante planteó como pretensión ante este órgano jurisdiccional que se declare la anulación de los extremos que declararon

infundada la pretensión sobre otorgamiento de prestación económica por la enfermedad profesional de “Lumbalgia” e improcedente la pretensión económica por la enfermedad profesional de “Neumoconiosis”, del laudo arbitral de derecho contenido en la resolución N° 20 de fecha 16 de noviembre de 2015, invocando las causales de anulación comprendidas en los literales b), c) y g) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje[1], argumentando como sustento de las mismas, lo siguiente:

Causal de anulación b):

1. El árbitro no procedió a analizar cada una de las cuestiones controvertidas en el proceso, es decir no ha valorado los hechos probatorios aportados en cuanto al accidente de trabajo y la enfermedad profesional de neumoconiosis, vulnerando los derechos al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.
2. Mediante resolución N° 07 emitida el 08 de julio de 2013, el árbitro había ordenado para mejor resolver y como prueba de oficio se solicite al hospital de ESSALUD de Huancayo que cumplan con presentar a la Secretaria General el sustento documental y placa radiográfica del Informe Médico Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ, y habiéndose cumplido con lo ordenado como prueba de oficio al momento de laudar no valora dicho medio probatorio que contiene el grado de incapacidad, afectando el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.
3. En el quinto considerando de la resolución N° 07 se prueba que el árbitro tenía conocimiento que el perito Dr. Javier Vásquez Meneses había renunciado al cargo de perito el 10 de diciembre de 2012, por lo que sería imposible que emita algún informe dando el grado de incapacidad en cuanto al accidente de trabajo; teniendo dicha información, no procedió a designar a otro perito del Centro para determinar el grado de incapacidad en cuanto al accidente de trabajo, por el contrario cerró la etapa probatoria por dos oportunidades sin tener un informe que señale qué grado de incapacidad, ello bajo responsabilidad funcional y causal de anulación del laudo arbitral, de esta manera se ha vulnerado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, no pudiendo hacer valer sus derechos.

[1] El recurso de anulación, conforme la resolución N° 03 de fecha 21 de julio de 2016, fue admitido únicamente por las causales b, c y g del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

4. Con respecto a todo lo señalado se debe aplicar las causales de anulación del laudo, en el caso la falta de motivación del laudo, considerando que se trata de uno de los componentes del debido proceso y finalmente del derecho de defensa.

Causal de anulación c):

5. Las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes y al Reglamento de Arbitraje del Centro. No se ha concluido con el informe del perito de traumatología y aun así se cerró la etapa probatoria y el árbitro de manera arbitraria ha emitido pronunciamiento.
6. En el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 05 de agosto de 2010 se acordó que el Laudo con el que concluye el arbitraje deberá ajustarse al marco normativo vigente, tomando en cuenta los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; sin embargo no se tomó en cuenta el precedente vinculante STC 02513-2007-PA/TC, es decir para resolver en cuanto a la enfermedad profesional de neumoconiosis no valoró el Informe de Evaluación Médica de incapacidad – DL. 18846 de fecha 24/02/2008 expedido por el Hospital II de Pasco-Essalud en la que determinó al recurrente la enfermedad profesional de neumoconiosis con 58% de incapacidad para el trabajo, así como tampoco aplicó el precedente vinculante 2 de la STC 00061-2008-PA/TC y sin valorar todos los medios probatorios aportados al proceso.
7. No valoró la prueba de oficio, es decir, el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-H-IV-HYO-RAJ de fecha 16 de mayo de 2007 y el Informe de Neurocirugía N° 131-H.NRPP.HYO-RAJ-2014 del Hospital Essalud de Huancayo de fecha 24 de marzo de 2014.
8. El árbitro consideró conveniente actuar la siguiente pericia de oficio para determinar el grado de invalidez en cuanto al accidente de trabajo: Evaluación Médica correspondiente al accidente de trabajo acaecido el 22 de setiembre de 2006 a cargo del Dr. Javier Vásquez Meneses, perito especialista en medicina física y rehabilitación del Registro de Peritos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS a efectos que informen las consecuencias del mismo; lo cual no concluyó con el peritaje porque renunció el 10 de diciembre de 2012 y el árbitro tenía la obligación de

nombrar a otro perito y no cerrar la atapa probatoria sin haber concluido con las actuaciones probatorias.

Causales de anulación g):

9. La resolución N° 18 dispuso que el plazo para la emisión del laudo vencía el 02 de noviembre de 2015; sin embargo, habiéndose vencido el plazo para emitir el respectivo laudo, el árbitro emite el 02 de noviembre de 2015 la resolución N° 19 donde el árbitro resuelve prorroga r el plazo para la emisión del laudo por un plazo final de diez días útiles, el mismo que vencía el 16 de noviembre de 2015; sin embargo, al 08 de enero de 2016 no emitía el laudo, por lo que su abogado tuvo que apersonarse al Centro de Arbitraje a reclamar, siendo en ese acto que le indican que recién el árbitro firmó el laudo y que proceden a notificarle en el acto la resolución N° 20 que contiene el laudo con fecha 16 de noviembre de 2015.

II. <u>ABSOLUCIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO</u>.

Por escrito presentado el 07 de setiembre de 2016, ***RÍMAC SEGUROS Y REASEGUROS*** contestó el recurso de anulación de laudo, señalando que lo que se pretende es que la Sala se pronuncie sobre el fondo de la controversia arbitral por lo que el recurso de anulación debe ser declarado infundado.

III. <u>RESUMEN DEL PROCESO ARBITRAL Y LO ACTUADO EN AUTOS</u>.

<u>INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL</u>. El 05 de agosto de 2010, se instaló el tribunal arbitral conformado por el árbitro único Bratzo Bartra Ibazeta.

La instalación fue llevada a cabo con la asistencia del señor Marín Cóndor Luna, en calidad de demandante.

En dicho acto se acordó que el arbitraje sería de derecho, con sede en la ciudad de Lima. Asimismo se establecieron las normas y reglas a las que se sujetaría el proceso arbitral.

Se designó como secretario del proceso arbitral, al señor ***Eduardo Hurtado Arrieta***.

Realizados los actos procesales pertinentes, se expidió el laudo arbitral contenido en la resolución N° 20 de fecha 16 de noviembre de 2015, del cual se impugnan únicamente los siguientes extremos:

> "*3.3* ***INFUNDADA*** *la pretensión sobre otorgamiento de prestación económica por la enfermedad profesional de lumbalgia presentado por el señor Marín Cóndor Luna.*
>
> *3.4* ***IMPROCEDENTE*** *la pretensión sobre otorgamiento de prestación económica por la enfermedad profesional de neumoconiosis presentado por el señor Marín Cóndor Luna.*"

IV. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ANTE ESTA SALA SUPERIOR Y TRÁMITE.

- El laudo arbitral fue notificado al señor Marín Cóndor Luna el día 25 de noviembre de 2015.
- El 04 de mayo de 2016, Marín Cóndor Luna interpuso recurso de anulación de laudo arbitral, el cual habiendo sido declarado inadmisible, fue subsanado con fecha 15 de junio de 2016 y admitido mediante resolución N° 03 de fecha 21 de julio de 2016, disponiéndose el traslado a Rímac Seguros y Reaseguros.
- Por escrito presentado el 07 de setiembre de 2016, Rímac Seguros y Reaseguros absolvió el traslado del recurso de anulación de laudo arbitral, solicitando se declare infundado por los argumentos que ahí se indican.
- Por resolución N° 06 de fecha 20 de setiembre de 2016, se señaló fecha de vista de la causa para el día 10 de enero de 2017, la misma que se llevó a cabo conforme a lo programado.

ANÁLISIS:

PRIMERO: El proceso arbitral se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, que establece los parámetros a seguir en un proceso judicial de anulación de laudo arbitral, el cual sólo puede ser invocado si se ha incurrido en alguna de las causales contenidas en el artículo 63 de dicho cuerpo normativo.

Sobre el recurso de anulación, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

> "***Artículo 62.- Recurso de Anulación***
> *1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.*
>
> *2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.*"

CAUSALES INVOCADA EN EL RECURSO DE ANULACIÓN.

SEGUNDO: El demandante invoca las causales contenidas en los literales b), c) y g) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, que dispone:

> "***Artículo 63.- Causales de anulación***
> *1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*
> *(…)*
> ***b.*** *Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*
> ***c.*** *Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.*
> *(…)*
> ***g.*** *Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral."*

TERCERO: Los inciso 2 y 4 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señalan lo siguiente:

> "2. *Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.*"
>
> "*4.La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.*"

CUARTO: Como podemos observar, el inciso 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece que las causales demandadas será procedente si fueron objeto de reclamo expreso en su "momento". Lo que exige el dispositivo en comento, es que el

reclamo sea oportuno; es decir que, si ocurriera dentro del proceso arbitral alguno de los vicios de anulación regulados en alguna de las causales sujetas a esta exigencia, la parte interesada tendrá indiscutiblemente la carga de efectuar ante el tribunal arbitral el reclamo por tales motivos, en condiciones que permitan calificarlo como oportuno, lo que supone, realizarlo dentro de un tiempo razonable desde que tuvo lugar el vicio (en el menor tiempo posible), de lo contrario, la parte afectada verá irremediablemente perjudicada la posibilidad de cuestionar posteriormente el proceso arbitral en base a los vicios no reclamados oportunamente. En esa misma línea, el inciso 3 del mismo dispositivo, exige que el reclamo haya sido manifestado por escrito y de forma inequívoca ante el tribunal arbitral. Por tales razones, este Colegiado al abordar cada una de las causales de anulación invocadas, antes de ingresar al análisis de los argumentos postulados en cada una de ellas, verificará si estos fueron objeto de reclamo ante el tribunal arbitral.

CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO

Sobre la causal de anulación b)

QUINTO: La causal de anulación b) tutela a la parte que se ha visto impedida o imposibilitada de hacer valer sus derechos en el curso del arbitraje. Esta se enmarca dentro de la protección de un derecho constitucional, específicamente el derecho al debido proceso, el cual a su vez se compone por la suma de una serie de derechos como lo es el derecho a la motivación de las resoluciones, claro está, sin que ello importe en modo alguno la revisión del fondo de la controversia ni el razonamiento seguido por el árbitro ad hoc, pues *el recurso de anulación de laudo no es una instancia*, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral.

SEXTO: Sobre el particular, resulta necesario precisar que el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC (precedente vinculante) indicando lo siguiente: *"…de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, "la naturaleza de jurisdicción independiente del*

arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que imponen el derecho al debido proceso". (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

SÉTIMO: Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quiénes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

OCTAVO: Conforme se expresó líneas arriba, corresponde verificar si los argumentos que son sustento de la causal de anulación b), fueron materia de reclamo expreso ante el tribunal arbitral, a condición, claro está, que exista el medio idóneo para formular el reclamo exigido por la ley. Así tenemos:

8.1. Los numerales 1, 2 y 4 (página 2 de la presente) de la parte expositiva en la que se indican los argumentos que son sustento de las causales alegadas, según el planteamiento del recurrente, constituyen argumentos que denuncian cuestiones advertidas a partir de la emisión del laudo, como sería la valoración probatoria realizada por el tribunal arbitral (numerales 1 y 2) que habría ocasionado una falta de motivación (numeral 4), por lo que, al no estar previsto en la ley de arbitraje un mecanismo adecuado a través del cual las partes puedan reclamar ante el tribunal arbitral tales situaciones, pues ninguno de los recursos post laudo previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje permite enmendar vicios de valoración y motivación como los que se denuncia en el recurso de anulación, no corresponde exigir el cumplimiento de reclamo previo establecido en el inciso 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, criterio establecido por esta Sala Especializada.

8.2. En relación al argumento reseñado en el numeral 3, no se verifica el cumplimiento del reclamo previo, pues de la revisión de lo actuados arbitrales se advierte que el tribunal arbitral a través de la resolución N° 17 de fecha 25 de agosto de 2015, dio por concluida la etapa probatoria; sin embargo, frente a ella el recurrente no formuló un pedido de reconsideración (artículo 49 de la Ley de Arbitraje) ni presentó ningún tipo reclamo ante el tribunal arbitral expresando como argumento lo que hoy expone; por lo que, al no verificarse el cumplimiento del presupuesto del reclamo previo exigido, no es posible ingresar al análisis de este extremo de la causal invocada.

8.3. Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar que el recurrente, Marín Cóndor Luna ha tenido una conducta procesal en el arbitraje contraria a los hechos que configuran el argumento postulado en el presente recurso de anulación, toda vez que, a sabiendas de la renuncia del perito y la falta de entrega del informe que señale su grado de incapacidad en cuanto al accidente de trabajo, en repetidas ocasiones solicitó al árbitro que dé por cerrada la etapa probatoria continuando el proceso arbitral de manera regular sin mostrar disconformidad alguna con que se haya cerrado la etapa probatoria sin contar con el informe pericial y sin haber designado a otro perito. Así lo podemos advertir de los siguientes hechos:

8.3.1. Con fecha 03 de abril de 2014, presentó un escrito en el cual en su primer otrosí digo señaló que:

> "*Solicito a su Despacho se dé por cumplido lo requerido en la Resolución N°9 sobre el sustento documental y placa radiográfica del Informe Médico Neurocirugía N°120-NEC-H-IV-HYO-RAJ de fecha 16/05/2007, asimismo se declare* ***CERRADA LA ETAPA PROBATORIA****, a efectos de que se nos notifique para los alegatos correspondientes dentro del plazo establecido por ley.*" (Resaltado de origen).

8.3.2. Cabe señalar que el escrito antes indicado, motivó que el árbitro por resolución N° 12 de fecha 13 de junio de 2014, dé por concluida la etapa probatoria y otorgue a las partes un plazo de cinco días hábiles; sin embargo, en mérito al recurso de reconsideración interpuesto por la parte demandada Rímac Seguros y Reaseguros contra dicha

resolución, por resolución N° 13 de fecha 11 de jun io de 2015, reabrió la etapa probatoria.

8.3.3. Asimismo, es pertinente mencionar que el ahora nulidiscente Marin Condor Luna (antes de la emisión de la resolución N° 13 que reabrió la etapa probatoria), más allá de hacer notar al árbitro o cuestionar el cierre de la etapa probatoria a través de la resolución N° 12, se mostró conforme y continuó de manera regular el trámite arbitral, presentando sus alegatos mediante escrito de fecha 25 de junio de 2014, conforme lo dispuesto en la referida resolución. Así también, presentó dos escritos, el de fecha 29 de enero 2015 y el del 12 de febrero de 2015, solicitando la emisión del laudo arbitral.

8.3.4. Posterior a la emisión de la resolución N° 13 que reabrió la etapa probatoria, presentó dos escritos el día 17 de julio de 2015. En uno de ellos solicitó que se dé por concluida la etapa probatoria y se emita el laudo; y en el otro, solicitó al árbitro que no tome en cuenta el informe del Dr. Julio Javier Vásquez (perito) y se dé por concluida la etapa probatoria, como a continuación copiamos este último:

> "*(…)*
> *8.Por lo tanto, al no haberse concluido con el Informe por parte del tercer perito especialista en traumatología, para determinar el grado de incapacidad y en vista de que RENUNCIÓ al cargo de perito y al haber transcurrido más de 05 de años en un proceso de arbitraje.*
>
> ***POR LO TANTO, SOLICITO** a su despacho no se tome en cuenta el informe incompleto del Dr. Julio Javier Vásquez al momento de laudar (…)*
>
> ***PRIMER OTRO SÍ DIGO:** Que, habiéndose presentado el día 29 de enero de 2015 el Informe Médico ampliado del perito Javier Vásquez Meneses y habiendo desistido en un extremo de la pretensión (plumbismo) **SOLICITO** que se dé por concluida la etapa probatoria y que se otorgue los 05 días correspondientes para efectos de presentar los alegatos para que su despacho pueda emitir el Laudo Arbitral correspondiente para dar por concluido el presente proceso que lleva más de 05 años.*"

8.3.5. Por escrito presentado el 01 de setiembre de 2015, nuevamente solicitó el cierre de la etapa probatoria.

8.3.6. Por resolución N° 17 de fecha 25 de agosto de 2015, se dio por cerrada la etapa probatoria.

8.4. Como podemos observar, ha sido el recurrente quien siendo consciente de la falta del informe que determine su grado de incapacidad en cuanto al accidente de trabajo y que el perito había renunciado, se encontró conforme con el cierre de la etapa probatoria; por lo que, no es admisible que a través del recurso de anulación pretenda, ahora, la nulidad del laudo sustentándose en hechos que previamente consintió y sobre los cuales no hizo reclamo alguno.

NOVENO: Ahora bien, pasando a analizar los argumentos 1, 2, y 4 glosados al inicio de la presente resolución, se advierte, por un lado, que el recurrente denuncia que el árbitro no valoró los hechos probatorios aportados en cuanto al accidente de trabajo y la enfermedad profesional de neumoconiosis; sin embargo, no indica a qué medios probatorios concretamente se refiere, por lo que se trata de un argumento totalmente genérico que no satisface la carga procesal de "alegar y probar" la causal que invoca, como lo exige el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, lo que no puede ser presumido ni establecido de oficio por este Colegiado, por lo que debe ser desestimado. Con relación al siguiente argumento (que a diferencia del anterior, precisa el medio probatorio) en el que señala que el árbitro no valoró el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ pese a haber cumplido con presentar el sustento documental y placa radiográfica de dicho informe, es pertinente tener en cuenta lo siguiente:

9.1. Conforme se aprecia del escrito de demanda arbitral, el recurrente Marín Cóndor Luna planteó como pretensión:

> "*(…) OTORGARME LA PENSIÓN DE INVALIDEZ QUE ME CORRESPONDE AL AMPARO DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO LEY N° 26790, SU REGLAMENTO D.S. N° 009-97-SA Y D.S. N° 003-98-SA (AR T. 18.2), POR HABER SUFRIDO UN ACCIDENTE DE TRABAJO CON FECHA 22 DE SETIEMBRE DEL 2006, Y POR HABER ADQUIRIDO LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES DE NEUMOCONIOSIS, HIPOACUSIA BILATERAL Y LUMBALGIA CRÓNICA ASÍ COMO LAS SECUELAS QUE ME DEJARON EL ACCIDENTE DE TRABAJO DE FECHA 22 DE SEPTIEMBRE DEL 2006, DURANTE MI RELACIÓN LABORAL; ASIMISMO HACEMOS EXTENSIVO LA SOLICITUD DE PAGO DE LOS DEVENGADOS, INTERESES, COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO, POR EXISTIR NEGATIVA INJUSTIFICADA PARA OTORGAR LA PENSIÓN.*"

Cabe indicar, que entre los medios probatorios presentados para acreditar los hechos que configuraban su pretensión, el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ fue ofrecido para acreditar la incapacidad del recurrente por accidente de trabajo.

9.2. Con relación a ello, se aprecia del Acta de Audiencia de Transacción, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión y Actuación de Medios Probatorios de fecha 15 de octubre de 2010, que se estableció como punto controvertido, entre otros, la determinación del grado de invalidez que padecería actualmente el demandante por la lumbalgia crónica que alegaba era producto del accidente de trabajo de fecha 22 de setiembre de 2006. Lo mencionado se encuentra establecido dentro del primer punto controvertido que indica:

> "*1. **Determinar el grado de invalidez que padecería actualmente el demandante** por las enfermedades profesionales de hipoacusia y neumoconiosis, así como **por la lumbalgia crónica que se alega es producto del accidente de trabajo de fecha 22 de setiembre de 2006**.*" (Resaltado nuestro).

9.3. Para dicha finalidad, el árbitro único, como puede verse de la mencionada acta, dispuso de oficio que se presenten los documentos y placa radiográfica que sustentan el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ. Así ordenó:

> "*Asimismo, el árbitro ordena de oficio, a la Secretaría General del proceso que solicite:*
> *(…)*
> - *Al Hospital VI Huancayo que remita el sustento documental y placa radiográfica del Informe Médico Neurocirugía N° 120 -NEC-H-IV-HYO-RAJ de fecha 16 de mayo de 2007.*"

Así también, dispuso actuar pericias de oficio, entre ellas, con relación al accidente de trabajo encargó un informe pericial de la condición de invalidez ocupacional del reclamante:

> "***Cuarto:** El doctor Bartra Ibazeta en su calidad de árbitro en el presente proceso, considera conveniente actuar las siguientes pericias de oficio:*
> *(…)*
> *c) Encargar un informe pericial sobre la condición de invalidez ocupacional del reclamante, a cuyo efecto el Árbitro designa al Dr. Javier Vásquez Meneses, perito especialista en Medicina Física y Rehabilitación, del Registro de Peritos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS, para efectos que realice la evaluación médica correspondiente al accidente de*

trabajo acaecido el 22 de setiembre de 2006 e informe las consecuencias del mismo."

9.4. En lo que respecta a la información y documentación requerida al referido nosocomio del Informe Médico de Neurocirugía N° 120 -NEC-HIV-HYO-RAJ, este, mediante Carta N° 731-D-HNRPP-HYO-GRAJ-Essalu d-2013, contestó expresando que no era posible atender la solicitud; razón por la cual, mediante resolución N° 09 de fecha 17 de marzo de 2014, el á rbitro otorgó un plazo de quince días útiles al propio demandante para que cumpla con solicitar y remitir la información sobre el sustento documental y placa radiográfica del referido informe médico.

9.5. Con fecha 03 de abril de 2014, el recurrente Marín Cóndor Luna, presentó un escrito en el cual señaló que cumplía con adjuntar la información sobre el sustento documental del Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ. Cabe señalar que los documentos presentados son los siguientes: 1) Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HY O-RAJ, 2) Solicitud de fecha 21 de marzo de 2014 dirigida a Essalud Huancayo en la que solicita se le entregue el informe médico tantas veces mencionado, 3) Solicitud de fecha 21 de marzo de 2014 dirigida a Essalud Huancayo en la que solicita copia fedateada de su historia clínica N° 262180, 4) Dos hojas que formarían parte de la historia clínica, tituladas "Identificación de Filiación", habiendo en una de ellas una anotación médica del Dr. Edmundo E. Medina de Paz y, 4) Informe Médico de Neurocirugía N° 131-.H.NRPP.HYO.RAJ-2014 en el que se indica que el paciente tiene un 75% de incapacidad permanente total.

9.6. Por otro lado, sobre la pericia ordenada de oficio para determinar el grado de invalidez del recurrente, provocado por el accidente de trabajo que alegó, éste quedó inconcluso porque el perito renunció al cargo, no lográndose establecer el grado de invalidez objeto de la pericia, y el cual fue determinado como punto controvertido.

9.7. En el laudo materia del presente recurso de anulación, el árbitro al abordar el la controversia relacionada con el accidente de trabajo, señaló lo siguiente:

"*2.22 Con relación al accidente de trabajo sufrido el día 22 de septiembre de 2006, el Árbitro del presente proceso mediante Acta de Audiencia de Transacción, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión y Actuación de medios Probatorios (en adelante Acta de Pruebas) de fecha 15 de octubre de 2010, designa al perito doctor Javier Vásquez Meneses; sin embargo, éste renunció al cargo de Perito del Centro de Conciliación y Arbitraje el 20 de diciembre de 2012.*

2.23 La controversia que mantienen las partes también gira en torno al accidente sufrido por el demandante el 22 de setiembre de 2006, así como se mantiene la controversia respecto de si dicho accidente se produjo como secuela la enfermedad de lumbalgia crónica que alega el demandante.

2.24 Sin embargo, habida cuenta que aún no se ha podido realizar la pericia traumatológica ordenada, NO es posible determinar el grado de invalidez que pudiera presentar el demandante, por lo que la demanda en este extremo debe declararse IMPROCEDENTE por no haber suficientes medios de prueba para pronunciarse. Cabe precisar que el Árbitro no ha emitido pronunciamiento sobre el fondo en lo referente al accidente de trabajo."

DÉCIMO: De lo expuesto precedentemente, se advierte que el árbitro, al requerir la documentación y placa radiográfica que sustentaba el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ y ordenar un informe pericial para determinar el grado de invalidez producto del accidente del trabajo, claramente consideró insuficiente al aludido informe médico para acreditar lo alegado por el recurrente y resolver el punto controvertido establecido, ya que como también es apreciable y verificado por este Colegiado, si bien en la lectura del mismo se lee el diagnóstico, no se encuentran los documentos sobre la base de los cuales se habría arribado a dicha conclusión. Esta situación no cambió con los documentos alcanzados por el recurrente, pues como se detalló líneas arriba, éste nuevamente presentó el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ acompañado de dos hojas de la historia clínica del recurrente en las que no puede apreciarse el sustento de dicho informe, menos cuál es el grado de invalidez alcanzado por el paciente. Con relación al Informe Médico de Neurocirugía N° 131-.H.NRPP.HYO.RAJ-2014 en el que se indica que el paciente tiene un 75% de incapacidad permanente total, cabe señalar que con éste tampoco se logró la finalidad pretendida, pues en principio, como es evidente, este no es sustento del Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ, y en segundo lugar porque consiste justamente en nuevo informe con un diagnóstico que, a diferencia del anterior, sí establece un grado de invalidez del paciente, pero que tampoco cuenta o se ha alcanzado la documentación que lo sustente. Lo mismo ocurre con el informe pericial que, por la renuncia del perito, no se culminó y por ende, tampoco pudo establecerse el grado de invalidez producto del accidente de trabajo alegado.

DÉCIMO PRIMERO: En tal sentido, como podemos ver, lo señalado por el árbitro de que no le es posible emitir pronunciamiento sobre el fondo en lo referente al accidente de trabajo al no haber suficientes medios de prueba para pronunciarse, es totalmente congruente con lo ocurrido en el proceso arbitral, por lo que no resulta amparable el argumento de que el árbitro no valoró el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-HIV-HYO-RAJ al momento de laudar, toda vez que ha quedado acreditada la insuficiencia del mismo para determinar la relación entre el accidente de trabajo y la invalidez alegada, y el grado a la que esta asciende. En esta misma línea, el argumento reseñado en el numeral 4 que indica que lo señalado (argumentos signados en los numerales 1, 2 y 3) sería un caso de falta de motivación, también queda desvirtuado porque, como se ha señalado, el árbitro expuso las razones por las que no se pronunciaba sobre el fondo del accidente de trabajo, las cuales son congruentes con los hechos acaecidos en el desarrollo del arbitraje y que han sido verificados minuciosamente por este Colegiado; debiendo tenerse en cuenta además, que la actividad probatoria es una actividad intrínseca al juzgamiento de controversia y como tal es facultad exclusiva del tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje, que establece:

> "***Artículo 43.- Pruebas***
> *1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas (…)*"

DÉCIMO SEGUNDO: Por las consideraciones expuestas, al haber quedado desvirtuados los argumentos que sustentan la causal de anulación b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, esta debe ser desestimada.

Sobre la causal de anulación c):

DÉCIMO TERCERO: Al respecto, es pertinente recordar que el arbitraje nace a partir de la voluntad de las partes, pues son ellas quienes deciden someter a este mecanismo de solución de conflictos las controversias que se originen en sus relaciones jurídicas, y en ese sentido, estas tienen total autonomía para establecer las reglas a las que se sujetarán las actuaciones arbitrales. Esta facultad reguladora se encuentra reconocida en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, en virtud de la cual las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujetarán las actuaciones arbitrales. Estas reglas pueden ser establecidas directamente en el convenio arbitral o el acta de instalación del tribunal arbitral o, pueden encontrarse

establecidas en el reglamento arbitral al que las partes se someten o, en su defecto, en la Ley de Arbitraje; por lo que, si las actuaciones arbitrales no se ajustan al acuerdo o a las reglas que las partes han establecido para el proceso arbitral, el laudo arbitral que se expida será nulo.

DÉCIMO PRIMERO: La procedencia de la referida causal también se encuentra sujeta a la existencia de un reclamo previo tal como lo advertimos en los considerandos tercero y cuarto; en ese sentido, de los argumentos expuestos se observa lo siguiente:

11.1. Los argumentos reseñados en los numerales 6 y 7 (página 3 de la presente) según el planteamiento del recurrente, constituyen argumentos que denuncian cuestiones advertidas a partir de la emisión del laudo, como serían los hechos de que el árbitro no habría tomado en cuenta el precedente vinculante STC 02514-2007-PA/TC, así como tampoco el precedente vinculante 2 de la STC 00061-2008-PA/TC y no valoró los medios probatorios aportados al proceso, entre ellos indica el Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-H-IV-HYO-RAJ de fecha 16 de mayo de 2007 y el Informe de Neurocirugía N° 131-H.NRPP.HYO-RAJ-2014 de fecha 24 de marzo de 2014; por lo que, al no estar previsto en la Ley de Arbitraje un mecanismo adecuado a través del cual las partes puedan reclamar ante el tribunal arbitral tales situaciones, pues ninguno de los recursos post laudo previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje permite enmendar vicios de valoración y vulneración a las reglas arbitrales pactadas, como los que se denuncia en el recurso de anulación, no corresponde exigir el cumplimiento de reclamo previo establecido en el inciso 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, criterio establecido por esta Sala especializada.

11.2. En cuanto a los argumentos indicados en los numerales 5 y 8 (página 3 y 4 de las presente), cabe señalar que los hechos que lo configuran, a propósito del examen de los argumentos que sustentan la causal de anulación b), ya fueron materia de revisión por este Colegiado en los numerales 8.2., 8.3. y 8.4. del considerando octavo, concluyéndose que el recurrente no presentó ningún reclamo ante el tribunal arbitral ni formuló recurso alguno sustentado en el referido argumento (basado en que se cerró por dos oportunidades la etapa

probatoria sin tener un informe que señale el grado de incapacidad y que el tribunal debió designar otro perito para tal efecto); por lo que, al no verificarse el cumplimiento del presupuesto del reclamo previo exigido, no es posible ingresar al análisis de este extremo de la causal invocada.

11.3. No obstante a ello, también se concluyó que el recurrente mostró una conducta procesal que no guarda relación con los argumentos que hoy expone, pues pese a conocer la falta del informe pericial que determine su grado de invalidez en cuanto al accidente de trabajo y que el perito había renunciado, no solicitó al árbitro la designación de un nuevo perito, sino por el contrario, en repetidas ocasiones solicitó el cierre de la etapa probatoria y la emisión del laudo arbitral.

11.4. En tal sentido, pasaremos a absolver solamente los argumentos contenidos en los numerales 6 y 7.

DÉCIMO SEGUNDO: Con relación a los argumentos indicados en el numeral 6, es pertinente tener en cuenta lo siguiente:

12.1. La causal de anulación c) comprende dos supuestos, siendo el segundo el invocado por el demandante. Tal supuesto está referido a la posibilidad de cuestionar las actuaciones arbitrales, siempre que éstas se hayan realizado en contravención a los acuerdos adoptados por las partes o, en su defecto, al reglamento que resulte aplicable, o a las normas contenidas en la Ley de Arbitraje.

12.2. En esencia, dicha causal supone la violación del acuerdo de las partes respecto a la forma en que debe tramitarse el arbitraje al que se han sometido para la solución de su controversia; conceptualmente se sustenta dicha causal en el carácter jurígeno de la autonomía de voluntad de las partes en la configuración procedimental del arbitraje, según está reconocido en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje que establece:

> "***Artículo 34.- Libertad de Regulación de actuaciones***
> *1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones (…)*"

12.3. Dicha configuración procedimental acordada (directamente o por remisión, o aquella derivada supletoriamente del Reglamento Arbitral o la ley) es vinculante para el Tribunal Arbitral, en el marco de su relación contractual con las partes que cimenta la competencia que éstas le han atribuido para resolver su conflicto. De modo que cuando el Tribunal Arbitral incumple tales reglas, en realidad está incumpliendo su contrato con las partes, por lo que su competencia para resolver válidamente el conflicto decae, deviniendo el laudo así emitido con omisión o violación de dichas reglas, en nulo.

12.4. Como se ha expresado ya en las causas N° 252- 2014 y N° 223-2015, entre otras, cuando la ley prevé la posibilidad de anulación de un laudo porque *"las actuaciones arbitrales no se han sujetado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable"*, en términos generales la causal de anulación radica en el incumplimiento de reglas del procedimiento arbitral, vale decir, normas concernientes a la sustanciación del arbitraje, entendidas como aquellas que regulan el decurso del arbitraje y que, por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en el caso concreto. Por tanto, dicha causal no está referida a eventuales infracciones a los términos contractuales pactados entre las partes o a las normas sustantivas que regulan la materia controvertida, por lo que no puede denunciarse por vía de esta causal de anulación, la indebida interpretación o la aplicación de las estipulaciones contractuales o normas sustantivas que rigen la relación jurídica, con las cuales se resuelve el fondo de la controversia arbitral.

12.5. Esto no solamente se condice con el texto literal del acápite c) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje, sino que además es coherente con el principio de irrevisabilidad que rige el arbitraje, según la norma prohibitiva del artículo 62.2 de la ley citada, pues no podría bajo el eufemismo de invocar la causal c), pretenderse que el órgano de control judicial revise la selección, interpretación y aplicación normativa o efectuada por el tribunal arbitral en el caso concreto para resolver la controversia.

DÉCIMO TERCERO: En el caso que nos ocupa, el recurrente invoca la causal c) antes referida, para cuestionar lo resuelto por el Tribunal Arbitral en el laudo, señalando que se ha vulnerado lo acordado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral en el que se estableció que el laudo debía ajustarse al marco normativo, tomando en cuenta los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, y que, en el caso puntual, no se ha tomado en cuenta los precedentes vinculantes de la STC 02513-2007-PA/TC conforme correspondía según el precedente vinculante contenido en el punto 2 del fundamento 15 de la STC 00061-2008-PA/TC. Al respecto, se tiene que en el Acta de Instalación del arbitraje se fijó, efectivamente, que el laudo se ajustaría al marco normativo vigente, tomando en cuenta los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, lo cual en realidad refiere a la norma sustantiva con la cual debería resolverse la causa; por ende, lo que denuncia el nulidiscente en realidad es que el laudo habría resuelto prescindiendo de dichas normas sustantivas, lo que no configura la casual invocada.

DÉCIMO CUARTO: Cabe mencionar que las normas concernientes a la sustanciación de un proceso pueden estar incluidas tanto en plexos normativos procedimentales como en códigos sustantivos; de igual manera las normas sustanciales pueden estar incluidas, eventualmente, en códigos de procedimiento. Lo que determina la calidad de regla procedimental o sustancial, será su contenido (supuesto y consecuencia) y alcances, que en general se caracteriza como "naturaleza jurídica".

Efectivamente, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida dentro del ordenamiento jurídico, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio de los derechos substanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, será una norma sustantiva, lo cual ocurre en el presente caso con relación a los precedentes vinculantes de las sentencias indicadas.

Además de ello, o mejor dicho, sin perjuicio de lo expresado, se aprecia que el laudo sí toma con consideración los fundamentos de la STC Nro. 02513-2007-PA/TC para resolver la causa (acápites 2.7 y siguientes, 2.17), según el sentido que

en la interpretación del árbitro correspondía en el caso concreto, que no se ajusta a lo que el nulidiscente considera satisfactorio de su derecho.

Y en cuanto a los precedentes de la STC Nro. 061-2008-PA/TC, según sus fundamentos 12, 15 y 18, de los cuales el nulidiscente reclama la aplicación del fundamento 15, se tiene que en el Acta de Instalación del Arbitraje se dejó constancia de haberse informado al demandante, de las ventajas del arbitraje administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud y de la posibilidad de someter su controversia al Poder Judicial, manifestando éste expresamente su voluntad de someterse al proceso arbitral; además que la causa arbitral se resolvería tomando en cuenta los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, como efectivamente ha sucedido, según lo acotado anteriormente. Con lo cual queda fehacientemente descartado el argumento nulificante que se esgrime.

DÉCIMO QUINTO: Con relación a los argumentos que configuran el numeral 7, el recurrente señala que no se valoró la prueba de oficio, refiriéndose puntualmente al Informe Médico de Neurocirugía N° 120-NEC-H-IV-HYO- RAJ de fecha 16 de mayo de 2007 y al Informe de Neurocirugía N° 131-H.NRPP. HYO-RAJ-2014 de fecha 24 de marzo de 2014; sin embargo, no ha precisado qué regla arbitral se habría vulnerado con la supuesta falta de valoración de dichos informes; por lo que, siendo una carga para quien pretende la anulación de un laudo por la causal c) demostrar que la actuación arbitral ha infringido el acuerdo adoptado por las partes o en el reglamento arbitral, y para ello resulta necesario indicar con precisión a qué acuerdo o regla se refiere, sin haberlo hecho, no es posible amparar este extremo. No obstante, es conveniente remitirnos a nuestro análisis efectuado en los considerandos noveno, décimo y décimo primero, donde, a propósito de la causal de anulación b) invocada, validamos la actuación arbitral por cuanto las pruebas aportadas le han resultado al árbitro único insuficientes, cumpliendo con manifestarlo en el propio laudo y conforme se corrobora con el estudio del proceso; debiendo recordarse nuevamente que la actividad probatoria es una actividad intrínseca al juzgamiento de controversia y como tal es facultad exclusiva del tribunal arbitral, de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

Sobre la causal de anulación g)

DÉCIMO SEXTO: Esta causal está dirigida a cautelar el acuerdo entre las partes con relación al plazo establecido para que el tribunal arbitral expida el laudo arbitral que resuelva la controversia; es decir, que si un laudo arbitral es emitido fuera del plazo establecido en el convenio arbitral, acta de instalación del tribunal arbitral o, de ser el caso en la Ley de Arbitraje, este será nulo. La procedencia de esta causal también está sujeta a la existencia de un reclamo previo, el cual según lo establece el numeral 4 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje copiado en el considerando tercero, debe ser ineludiblemente por escrito.

DÉCIMO SÉPTIMO: Con relación al cumplimiento del reclamo previo, de la revisión del expediente arbitral no se verifica que el recurrente haya puesto por escrito a conocimiento del tribunal arbitral que el plazo para emitir el laudo habría vencido, situación que queda confirmada por el dicho del propio nulidiscente, quien ha señalado que el reclamo fue efectuado por su abogado en forma *verbal*, lo que no satisface el reclamo previo que exige la ley, que de conformidad con el artículo 63 inciso 4) debe ser *escrito,* por lo que la causal invocada deviene en improcedente.

DÉCIMO OCTAVO: Por lo demás, se aprecia en el laudo la exposición coherente, lógica, explícita y suficiente, de las razones que en el criterio del árbitro determinan la decisión finalmente adoptada, lo que no es pasible de calificación por parte de este Colegiado, pues no le está permitido analizar su acierto o desacierto, como ha quedado establecido.

En tal sentido, habiéndose desestimado las causales de anulación b) y c), y determinado la improcedencia de la causal g), corresponde declarar válidos los extremos del laudo arbitral impugnados.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Superior Colegiado, **RESUELVE:**

> ***DECLARAR INFUNDADO*** el recurso de anulación de laudo arbitral por las causales de anulación contenidas en los literales b) y c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, e ***IMPROCEDENTE*** en cuanto a la causal

de anulación contenida en el literal g) del mismo dispositivo; en consecuencia, ***válidos los puntos resolutivos 3.3 y 3.4 del laudo arbitral de derecho contenido en la resolución N° 20*** de fecha 16 de noviembre de 2015.

En los seguidos por *MARIN CONDOR LUNA* contra *CONSORCIO RÍMAC SEGUROS Y REASEGUROS*, sobre *ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.*

ROSSELL MERCADO ARRIOLA ESPINO

RIVERA GAMBOA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 135-2016-0-1817-SP-CO-02

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 135-2016-0-1817-SP-CO-02. Lima, 31 de octubre del 2017.

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

Este Colegiado entiende que las denuncias que configuran la citada causal contenida en el literal "c" no están referidas a eventuales incumplimientos a los términos contractuales pactados entre las partes o a las normas sustantivas que regulan la materia controvertida sino que se circunscriben a aspectos que vulneren los acuerdos referidos a la composición del tribunal, a las actuaciones arbitrales acordadas, a las normas contenidas en la Ley de Arbitraje de las que no puedan apartarse las partes o que, a falta de acuerdo o de reglamento, no se ajusten a la misma. En otras palabras, la causal en mención no se refiere a aspectos de orden sustantivo sino estrictamente de orden procesal.

EXPEDIENTE Nº 135-2016-0-1817-SP-CO-02

Demandante: FERNANDO SALAZAR PILCO
Demandado : RIMAC COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS
Materia : ANULACION DE LAUDO ARBITRAL
Cuaderno : PRINCIPAL

S.S. ROSSELL MERCADO
RIVERA GAMBOA
GAMERO VILDOSO

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE
Miraflores, treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis

VISTOS:

Viene para resolver el recurso de anulación de laudo (con el expediente arbitral de tres tomos a folios 627) interpuesto por Fernando Salazar Pilco contra el laudo arbitral de derecho contenido en la resolución de fecha 13 de julio de 2015,

obrante a folios 117 y siguientes, el cual resuelve: *"6.1. Declara **FUNDADA** - **en parte** – la demanda interpuesta por el Fernando Salazar Pilco, por padecer de la enfermedad profesional de hipoacusia, por un menoscabo global de 39%. 6.2. Declara **INFUNDADA** la demanda, en relación a las enfermedades de neumoconiosis y polineuropatía. 6.3. Dispongo que RIMAC cumpla con el pago al demandante por un pago por única vez, equivalente a 24 mensualidades de pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una Invalidez Total Permanente, conforme al considerando 5.4.4. (….);* así como la resolución número treinta y seis, obrante a folios 135 y siguientes del expediente judicial, que resuelve: *"**1. INFUNDADO** las solicitudes de interpretación y aclaración del Laudo arbitral presentadas por el demandante. **2. INFUNDADO** las solicitudes de interpretación, rectificación e integración del laudo arbitral presentadas por el demandado"*.

Interviniendo como ponente, el Juez Superior el señor **Gamero Vildoso**.

Antecedentes

I.- Del recurso de anulación de laudo arbitral. A folios 141 a 156, obra el recurso de anulación de laudo arbitral, invocándose como causal de anulación la contenida en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, **inciso c)** "*Que (…) las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o (…) que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo*", en concordancia con establecido en la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la norma antes acotada.

2. Argumentos de la demanda

Con respecto a la única causal el recurrente señala los siguientes fundamentos: **i.** En el Acta de Instalación del Árbitro

de fecha 03 de mayo de 2006, se dejó constancia que el laudo debería ajustarse al marco normativo vigente; asimismo, con la Sentencia Vinculante del Tribunal Constitucional Nro. 0061-2008-PA/TC, en el proceso arbitral voluntario debe aplicarse la jurisprudencia y los precedentes del Tribunal Constitucional; **ii.** Por resolución 22 se dejo sin efecto la conclusión de la etapa probatoria que fuera dispuesta por resolución 21, y un año después por resolución 23 se designó un nuevo perito médico neumólogo, a solicitud de la compañía de seguros demandada. Ante ello formuló reconsideración porque la pericia realizada por el anterior perito Dr. Hugo Collantes no fue objeto de tacha, y porque conforme al Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional recaído en la sentencia Nro. 10063-2006-PA/TC, debería sometérsele a una evaluación médica por una Comisión Evaluadora de incapacidades del Essalud, Ministerio de Salud o EPS; **iii.** Por resolución 25 se declaró infundada la reconsideración, omitiendo pronunciarse sobre la aplicación del referido Precedente Vinculante del Tribunal Constitucional; **iv.** El recurrente se sometió a una evaluación médica por la Comisión Médica Calificadora de la Incapacidad del Hospital Carlos Lafranco La Hoz, del Ministerio de Salud, que concluyó que adolece de neumoconiosis II estado CIE-10, J64Xm con incapacidad Permanente Total- Menoscabo 72% (Certificado Médico DS N° 166-2005-EF) lo que fue ofrecido y admitido como nuevo medio probatorio dentro del arbitraje, corroborado con el Oficio N° 1206-07/DE/PE/PCI-21/HCLLH-13, igualmente obrante en el expediente arbitral; **v.** Sin embargo, el laudo inaplica la jurisprudencia y los precedentes vinculante

del Tribunal Constitucional, y no se ajusta a la STC Nro. 0061-2008-PA/TC, pues no ha tomado en consideración dicho medio probatorio, privándole al recurrente de su derecho a percibir una pensión de invalidez justa y afectar sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; **f.** Formuló un pedido de interpretación e integración del laudo, que fue declarado infundado, al considerar que se planteaba como un recurso de apelación encubierto.

Es así que el recurrente concluye que el laudo ha sido resuelto de manera arbitraria sin ajustarse al marco normativo vigente, trasgrediendo su derecho fundamental a la pensión, al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; deviniendo en inconstitucional al no aplicar los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, tales como STC Nro. 10063-2006-PA/TC, 6612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC, 0061-2008-PA/TC y 5213-2007-PA/TC.

3. **Admisorio y Traslado.**- Mediante resolución dos, obrante a folios 169 a 170, se resuelve admitir la demanda, se corre traslado de la misma a la empresa Rimac Compañía de Seguros y Reaseguros por el plazo de 20 días para que exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca las pruebas que considere pertinente.
4. **Absolución.-** La demandada contesta y absuelve el traslado de la demanda, por escrito obrante a folios 247 a 274, alegando lo siguiente:

4.1. que el demandante busca de manera disfrazada la nulidad del laudo valiéndose de la vía judicial a efectos de hacer pasar como recurso de anulación de laudo cuando en realidad no viene a ser otra cosa que un recurso de apelación contra laudo.

4.2. Que habiendo sido cuestionada y comprobada la falta de idoneidad de la designación del perito Collantes Lazo (médico auditor) el árbitro único designó como nuevo perito a Gerardo Chú, siendo éste último a diferencia del anterior, un médico neumólogo especialista. Además se comprobó la falta de credibilidad de los resultados arrojados por el examen de CENSOPAS de fecha 28 de febrero de 2005 y del Certificado Médico DS N° 166-2005-EF N° 254-2012 de fecha 9 de noviembre de 2012.

4.3. Por último, que los cuestionamientos hechos por el demandante surgen a raíz de encontrarse frente a un informe pericial contrario a sus intereses, teniendo como base simples atribuciones subjetivas que no cuestionan la validez de las pericias en sí misma, sino que éstas hayan sido realizadas por especialistas médicos a los que en su oportunidad no cuestionó.

II.- Del proceso arbitral

i. Con fecha 3 de mayo de 2006, se instaló el Tribunal Arbitral conformado por el doctor Guillermo Boza Pro, en calidad de Árbitro Único del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud. En dicho acto se establecieron las reglas procedimentales, la clase de arbitraje (nacional y de

derecho), la sede (Lima), conforme se aprecia del acta de instalación obrante a folios 43 y siguientes del expediente arbitral.

ii. Con escrito de folios 3 del expediente arbitral, Fernando Salazar Pilco presentó la demanda arbitral la que fue admitida por resolución uno obrante a folios 53 del expediente arbitral. La Aseguradora, obrante a folios 57 y siguientes del expediente arbitral, contestó la demanda.

iii. Mediante resolución, de fecha 13 de julio del año 2015, obrante a folios 577 y siguientes del expediente arbitral, el árbitro único emitió el laudo.

ANÁLISIS

Marco doctrinal y legal

PRIMERO: Nuestro esquema constitucional permite el control judicial de laudos arbitrales evitando que sean contrarios a normas de orden público. En tal sentido, el arbitraje, que nace por libre voluntad de las partes[1] y se caracteriza por ser autónomo e independiente, no está ajeno a la observancia de las garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales de los involucrados. Por ello, es constitucional que ante eventuales afectaciones de derechos fundamentales y principios jurisdiccionales exista un sistema de protección y control judicial, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la

[1] El arbitraje encuentra justificación constitucional en el principio de autonomía de la voluntad; es decir, en la "libertad". Son las partes quienes libremente deciden someter sus controversias arbitrables no a la jurisdicción estática (del Estado), sino a la de los árbitros. La libertad está reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución, que interpretado conjuntamente con el artículo 1 de la Norma Fundamental, se infiere su importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues protegen la libertad de la persona humana como un valor superior y derecho fundamental.

predictibilidad del sistema de justicia.

SEGUNDO: El Tribunal Constitucional ha precisado este carácter señalando en la STC Exp. N.° 00142-2011-AA/TC, lo siguiente:

> *"[…] la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje,* ***no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales*** *que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción,* ***no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso****". (Resaltado es nuestro)*

TERCERO: En esa línea argumentativa, es importante invocar el principio constitucional contenido en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución[2], y las disposiciones legales previstas en el artículo 62, incisos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, las cuales habilitan el control judicial de laudos arbitrales, en tanto los supuestos que se invoquen se sustenten en las causales de anulación previstas en el artículo 63 del referido decreto. Así, el artículo 62, inciso 1, señala: *"Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo"*.

CUARTO.- De acuerdo con lo expuesto, el recurso de anulación de laudo arbitral, tiene por objeto revisar únicamente la validez

[2] Esta norma constitucional reconoce la jurisdicción arbitral al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

formal del laudo, controlándose el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar los fundamentos de la decisión; es decir, el Juez se encuentra limitado a revisar la forma del laudo arbitral más no el fondo de la materia sometida a arbitraje. La norma legal es clara en cuanto señala: *"El recurso resuelve declarando la validez o la nulidad de laudo.* ***Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciase sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral****."* (Resaltado agregado)

QUINTO: En armonía con lo normado por el Decreto Legislativo citado, debemos expresar que el recurso de anulación realiza un control formal de todo el arbitraje, abarcando dicho control al sometimiento de las partes a un convenio arbitral, pasando por la designación de los árbitros, así como la regularidad del procedimiento, y si todo ello no tiene especiales vicios que invaliden el laudo arbitral no puede ser declarado nulo. De esta forma, la doctrina ha señala que:

> *"[…] no existe posibilidad alguna de cuestionar el derecho sustantivo ordinario o constitucional aplicado por el árbitro en su laudo, pues el control que realiza el juez sobre este último sólo puede afectar a la forma del juicio emitido pero no a su contenido. Más allá de este control extraordinario se desnaturalizaría la esencia misma del arbitraje como elemento de composición privada y se abriría la posibilidad a una ilimitada recurribilidad del laudo a favor de quienes no viesen acogidos en ellos sus pretensiones acudiendo al fácil motivo de denunciar infracción del orden público."*[3]

En tal sentido, mediante el recurso de anulación no resulta

[3] MERINO MERCHÁN, José F. CHILLÓN MEDINA, José M. *Tratado de Derecho Arbitral.* Tomo II; Tercera Edición 2006; Thomson Civitas; p. 691

legalmente posible cuestionar la decisión respecto del fondo de lo que fue objeto de controversia en el arbitraje.

SEXTO: Por consiguiente, cuando del recurso de anulación se advierta un cuestionamiento al razonamiento intrínseco del árbitro respecto del fondo de la controversia analizada, dicho recurso (demanda) será declarado infundado, pues no existe espacio en este proceso judicial de anulación de laudo para pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, así como para revisar los criterios o motivaciones del árbitro expuestos en el laudo arbitral, conforme a lo prescrito por el artículo 62, inciso 2, del Decreto Legislativo N° 1071.

SÉPTIMO: De otro lado, en numeral 2 del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071 establece que las causales previstas en los incisos a), b), c) y d) del numeral 1 sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas. En el presente caso Fernando Salazar Pilco, mediante escrito de folios 586 y siguientes del expediente arbitral, presentó recurso de interpretación y aclaración del laudo, el que fue desestimado por el árbitro único por resolución número 36 de folios 622 y siguientes.

En cuanto a la única causal invocada

OCTAVO: En el recurso de anulación se ha invocado la siguiente causal:

> ***Artículo 63.- Causales de anulación.***
> *(...)*
> *c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.*

Este Colegiado entiende que las denuncias que configuran la citada causal contenida en el literal "c" no están referidas a eventuales incumplimientos a los términos contractuales pactados entre las partes o a las normas sustantivas que regulan la materia controvertida sino que se circunscriben a aspectos que vulneren los acuerdos referidos a la composición del tribunal, a las actuaciones arbitrales acordadas, a las normas contenidas en la Ley de Arbitraje de las que no puedan apartarse las partes o que, a falta de acuerdo o de reglamento, no se ajusten a la misma. En otras palabras, la causal en mención no se refiere a aspectos de orden sustantivo sino estrictamente de orden procesal.

NOVENO: En el Acta de Instalación, obrante a folios 43 y siguientes del expediente arbitral, se establecieron las normas reglamentarias aplicables al proceso arbitral, señalándose también que el proceso debe ajustarse al marco normativo vigente. Siendo así, iniciado el proceso arbitral a folios 70 y siguientes corre el Acta de Audiencia de Saneamiento Fijación de Puntos Controvertidos y Actuación de Pruebas, en el cual se fijaron los puntos controvertidos.

DÉCIMO: Como se ha dicho, en el recurso de anulación se invoca la causal c) aludida, para denunciar que el laudo *"no se*

ajusta al acuerdo entre las partes como lo manda la STC N° 00061-2008-PA/TC" pues se ha emitido sin aplicar los precedentes del Tribunal Constitucional en particular la STC Nro. 10063-2006-PA/TC relativos a la determinación de la enfermedad profesional. Así, como puede verse no se trata en realidad de la denuncia de incumplimiento de una regla procedimental pactada por las partes (en el convenio arbitral o acta de instalación ni del arbitraje) ni de una establecida en el reglamento arbitral o ley de arbitraje, sino de un alegado incumplimiento de la jurisprudencia constitucional vinculante.

DECIMO PRIMERO: El Tribunal Constitucional ha fijado una serie de reglas y precedentes vinculantes destinados a preservar el contenido fundamental de los derechos implicados, frente a las actuaciones procesales encaminadas a discernir en conflictos judiciales o arbitrales relativos al derecho a la pensión en el marco del Seguro Complementario de Riesgo. Así por ejemplo, la STC Nro.0061-2008-AA/TC; STC Nro. 06612-2005-AA/TC, STC Nro. 10087-2005-AA/TC y, finalmente, la STC 2513-2007-AA/TC.

La STC Nro. 2513-2007-AA/TC ha dejado meridianamente establecido que a diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9º del D.S. 003-98-SA, el previsto en el artículo 25º de dicho decreto es un arbitraje voluntario, que conforme a la STC 00061-2008-PA/TC goza de la presunción de constitucionalidad debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial.

Asimismo, se estableció que el arbitraje voluntario, para que sea considerado constitucional, debe cumplir en el momento de la instalación del órgano arbitral, con dejarse constancia de que el o los árbitros informaron a las partes, entre otros aspectos, que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

DECIMO SEGUNDO.- Ciertamente, la STC Nro.2513-2007-AA/TC es de fecha posterior a la instalación del arbitraje que nos ocupa en el presente proceso, por lo que resulta impertinente evaluar la validez del mismo sobre la base del cumplimiento de dicha formalidad en el acta de instalación de fojas 40 y siguientes (es decir, la constancia de haberse informado a las partes sobre la aplicación de los precedentes constitucionales). Sin embargo, es claro que de dicho condicionamiento aparentemente formal de constitucionalidad, se desprende una condición sustancial de validez del arbitraje en materia de Seguro Complementario de Riesgo : debe ceñirse inexorablemente a los precedentes y la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, lo cual tiene relevancia y debe apreciarse, no en el momento de la instalación del arbitraje, sino al resolverse el mismo, por lo que tal requisito resulta exigible a todo laudo que resuelva un arbitraje en esta materia con posterioridad a la STC Nro. 2513-2007-AA/TC. En consecuencia, es claro para este colegiado que el Arbitro Único debió resolver tomando en cuenta los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

DECIMO TERCERO.- Una de esas reglas es la relativa a la acreditación de la enfermedad profesional, que tiene antigua data pues se remonta a la STC Nro. 6612-2005-AA/TC, reiterada por la STC Nro. 2513-2007-AA/TC, según la cual en los procesos de amparo la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS. Es este aspecto, precisamente, el que sustenta la pretensión nulificante, pues sostiene el recurrente que no obstante obrar en el expediente arbitral el Certificado Médico DS N° 166-2005-EF de la Comisión de Invalidez del Hospital Carlos Lafranco La Hoz, corroborado con el Oficio N° 1206-07/DE/PE/PCI-21/HCLLH-13, estos documentos públicos no fueron merituados probatoriamente como manda el Precedente Vinculante STC Nro. 10063-2006-PA/TC.

DECIMO CUARTO.- Se desprende de autos, que si bien en el laudo no se hace expresa mención de los precedentes vinculantes que refiere el recurrente, sin embargo ello no basta para entender que el árbitro único no cumplió materialmente con la regla fijada por el Tribunal Constitucional, pues en el laudo sí se analizó y merituó el Certificado Médico antedicho, que sin embargo, en la valoración probatoria del Árbitro Único no le formó convicción debido a la razón explicitada en el punto 5.1.8 del laudo:

> *"5.1.8. Ahora, con relación al Certificado Médico emitido por la Comisión Médica del Hospital Carlos Lafranco La Hoz, éste no individualiza los menoscabos determinados con cada enfermedad,*

por lo que no genera en el árbitro ninguna certeza sobre el menoscabo que tendría el demandante por la enfermedad de neumoconiosis."

Acotando además el Árbitro Único, lo que ya se encuentra recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje[4]:

"Cabe resaltar, que el árbitro es el único competente para valorar los medios probatorios, y luego de una apreciación conjunta de los mismos, emitir su laudo arbitral."

Siendo así que en virtud de dicha valoración conjunta, colige:

"5.1.9. En conclusión, del resultado de las pericias médicas ordenadas de oficio, cuales son dirimentes en este arbitraje, no ha quedado acreditado que el demandante padece de la enfermedad de neumoconiosis"

Por tanto, no puede reprocharse que el Árbitro Único no haya valorado probatoriamente el dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora del Hospital Carlos Lanfranco La Hoz al que se sometió el recurrente, pues el correspondiente Certificado Médico DS N° 166-2005-EF sí fue analizado por el Árbitro Único, quien por los defectos que advirtió no le otorgó suficiente mérito para formarle convicción sobre el hecho controvertido, debiendo tenerse en consideración que objetivamente dicho defecto no aparece subsanado o superado por la documentación adjuntada con el Oficio N° 1206-07/DE/PE/PCI-21/HCLLH-13. Por tanto, no cabe asumir incumplimiento de la regla fijada por el precedente constitucional vinculante que refiere el recurrente.

[4] "**Artículo 43.- Prueba**

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias."

DECIMO QUINTO: Por otro lado, es conveniente enfatizar que tampoco se advierte afectación alguna al deber de motivación, pues el laudo ostenta la exposición de las razones que en criterio del Árbitro Único justifican la decisión finalmente adoptada, que han sido explicadas con suficiencia, orden, claridad y logicidad, por lo que el laudo así emitido satisface el estándar constitucional de la motivación.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

Declarar **INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo arbitral en base a la causal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo Nº 1071 - Ley de Arbitraje; en consecuencia, **VÁLIDO** el laudo arbitral de derecho de fecha 13 de julio de 2015; sin costas ni costos.
En los seguidos por FERNANDO SALAZAR PILCO con RIMAC COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS. Notificándose.
SS.

ROSSELL MERCADO RIVERA GAMBOA

GAMERO VILDOSO

LMGV/aao

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 06302-2016-0-1817-JR-CO-12

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 12° Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 06302-2016-0-1817-JR-CO-12. Lima, 23 de junio del 2017.

EXPEDIENTE : 06302-2016-0-1817-JR-CO-12
MATERIA : EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES
JUEZ : LLAQUE NAPA SYLVIA PATRICIA
ESPECIALISTA : CHAVEZ BUSTAMANTE, OMAR MICHEL
DEMANDADO : ASEGURADORA RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS,
DEMANDANTE : CASTILLO SANTANA, AURELIO VICTOR

Resolución Nro. CUATRO
Lima, veintitrés de junio
De dos mil diecisiete.-

Por recibido los autos de la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, con resolución de vista de fecha siete de marzo del presente año, que declara nula la resolución número dos , se procede a calificar la presente demanda con arreglo a Ley y las consideraciones expuestas en las misma; **AUTOS Y VISTOS:**

PRIMERO: AURELIO VICTOR CASTILLO SANTANA interpone demanda de ejecución de laudo arbitral en vía proceso único de ejecución contra Rímac Seguros y Reaseguros, a efectos que cumpla con otorgar la pensión vitalicia por enfermedad profesional, con respectivos devengados e intereses legales, conforme a lo ordenado en el laudo de fecha veintiocho de setiembre de 2015.

SEGUNDO: La demanda que antecede, reúne los requisitos que establecen los artículos 424º y 425º del Código acotado; asimismo no se encuentra incursa dentro de los supuestos generales de inadmisibilidad e improcedencia establecidos en los artículos 426º y 427º del mismo cuerpo legal, concurriendo los presupuestos procesales y las condiciones de la acción a fin de establecer una relación jurídico procesal válida.

TERCERO: En la demanda se han cumplido los requisitos específicos prescritos en el artículo 688° numeral 2) del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 68° del Decreto Legislativo que norma el arbitraje – Decreto Legislativo Nro. 1071, por lo que es procedente su admisión.

Por dichas razones, este Juzgado resuelve **ADMITIR** a trámite en la vía procedimental correspondiente al Proceso Único de Ejecución, la demanda de **Ejecución de Laudo Arbitral,** en consecuencia **Notifíquese** a la parte ejecutada conformada por el **RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS,** a fin de que dentro del quinto día de notificada con la presente resolución, cumpla con el laudo arbitral expedido con fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince, que ordena otorgar la pensión vitalicia por enfermedad profesional con sus respectivos devengados e intereses legales, **Con las costas y costos del proceso; bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada; teniéndose presente los medios probatorios que se adjuntan.**

Al otrosí: Téngase presente.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 3410-2017-JR-CO-07

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 7° Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 3410-2017-JR-CO-07. Lima, 21 de febrero del 2017.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SEPTIMO JUZGADO CIVIL SUBESPECIALIDAD EN LO COMERCIAL

EXPEDIENTE : 3410-2017-JR-CO-07

MATERIA : EJECUCION DE LAUDO ARBITRAL

ESPECIALISTA : MERINO BUSTAMANTE JUAN

EJECUTANTE :CUNO SALCEDO TEODORO

EJECUTADO : OFICINA DE NORMALIZACION PREVISIONAL

RESOLUCION NUMERO UNO

Lima, 21 de Febrero del 2017

AUTOS Y VISTOS; Por presentada la demanda y sus anexos; y

ATENDIENDO:

PRIMERO: Que, la calificación de la demanda implica la verificación por parte del Juez si en ésta concurren los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, no debiendo configurarse los supuestos generales de inadmisibilidad e improcedencia previstos en los artículos 426º y 427º del Código Procesal Civil;

SEGUNDO: Que, Teodoro Cuno Salcedo, solicita la ejecución de laudo arbitral de fecha 24 de Junio del 2016, demanda que la dirige contra la Oficina de Normalización Previsional, a efectos que cumpla con otorgarle el pago único equivalente a 24 mensualidades de Pensión calculadas en forma proporcional a la que correspondería a una invalidez permanente total, es decir, 70% de la remuneración mensual. De acuerdo a lo establecido en los artículo 18.2.4, 18.2.2 y la Tercera Disposición Final de las Normas Técnicas del Seguro Complementaria de Trabajo de Riesgo aprobado mediante Decreto Supremo 003-98-S-A-, conforme a lo ordenado en el Laudo Arbitral de fecha 24 de Junio del 2016.

TERCERO: Que, conforme lo señala la doctora Marianella Ledesma Narvaéz en el artículo " Ejecución de Laudos Ilíquidos en Sede Judicial; los laudos arbitrales para su ejecución son considerados títulos ejecutivos extrajudiciales que contienen prestaciones ciertas, expresas y exigibles

CUARTO: Las prestaciones son ciertas, cuando están perfectamente descritas en el propio título.

Son prestaciones expresas cuando constan por escrito aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. Consiste en una cosa, o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor, o en un abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la existencia de la obligación que le exige un comportamiento negativo. No se puede concebir la obligación sin objeto, pues no es posible estar obligado, en abstracto, sino que es necesario deber algo en concreto. La ausencia de objeto se traduce en la inexistencia de la obligación.

El título debe contener además prestaciones exigibles. Por exigibilidad se entiende aquella cualidad que permite que la obligación sea reclamable. La exigibilidad supone la llegada del vencimiento, si se trata de una obligación al término y la aparición de la condición, si se trata de una obligación condicional.

Cuando la prestación se refiere a dar suma de dinero, debe ser además líquida o liquidable mediante operación aritmética.

QUINTO: Que, el artículo 689° del Código Procesal Civil, señala que: procede la ejecución cuando la obligación contenida en el Título es cierta, expresa y exigible, tal como así lo establece el artículo 689º del Código Procesal Civil.

SEXTO: Asimismo, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial en el expediente N° 574-2011-66, mediante auto de vista de fecha 04 de Junio del 2012, ha señalado: que " Por la naturaleza del proceso de ejecución en general y en particular de la ejecución de laudos arbitrales, es requisito que la suma dineraria contenida en ésta sea líquida o liquidable mediante operación aritmética.

Ello significa que el Tribunal Arbitral o Árbitro Único, de ser el caso, deben haber previamente establecido ya sea el quantum específico o por lo menos el lineamiento claro e inobjetable para llegar a tal suma, mediante una sencilla operación de suma, resta, multiplicación o división de montos expresamente determinados.

En otras palabras, no cabe que pueda abrirse en este proceso de ejecución debate, probanza ni determinación alguna del monto a ser ejecutado, precisamente por

tratarse de un proceso de ejecución, en el que la autoridad judicial solo interviene para ejecutar lo que se encuentra contenido en el título ejecutivo de modo cierto, claro, expreso, exigible y líquido (o liquidable del modo indicado.)"

SETIMO: En ese contexto, los laudos arbitrales no pueden tener un pronunciamiento general, sino específicos, esto es, **el monto que se ordene pagar en el laudo arbitral debe de estar ya determinado en el laudo arbitral antes de que éste entre a la etapa ejecución**, no correspondiendo en esta etapa de su ejecución que recién se liquide el monto de la remuneración ,mensual que le correspondería al ejecutado, lo cual debió ya haberse establecido en el laudo arbitral; por lo que la demanda resulta improcedente, al no reunir además los requisitos señalados en el considerando anterior.

En, consecuencia, por estos fundamentos y de conformidad con lo establecido en el artículo 427ºinciso 6 del Código Procesal Civil:

SE DECLARA: IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por **TEODORO CUNO SALCEDO**; **DEVOLVIÉNDOSE** los anexos bajo cargo y **ARCHIVÁNDOSE DEFINITIVAMENTE** los de la materia en el Archivo Central de los Juzgados Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 06302-2016-0-1817-JR-CO-12

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 12° Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 06302-2016-0-1817-JR-CO-12. Lima, 01 de junio del 2016.

EXPEDIENTE : 06302-2016-0-1817-JR-CO-12
MATERIA : EJECUCION DE LAUDOS ARBITRALES
ESPECIALISTA : CHAVEZ BUSTAMANTE, OMAR MICHEL
DEMANDADO : ASEGURADORA RIMAC SEGUROS Y REASEGUROS ,
DEMANDANTE : CASTILLO SANTANA, AURELIO VICTOR

Resolución Nro. Uno
Lima, primero de junio
De dos mil dieciséis.-

Con la demanda que antecede; **y, Atendiendo:**

Primero: Aurelio Víctor Castillo Santana interpone demanda de ejecución de laudo arbitral contra Aseguradora Rimac Seguros y Reaseguros, a fin que cumpla con otorgar la pensión vitalicia por enfermedad profesional con sus respectivos devengados e intereses legales, conforme el laudo arbitral de fecha veintiocho de septiembre de dos mil quince.

Segundo: De las instrumental presentadas, se advierten los siguientes defectos:

a) No presenta instrumental idónea que acredite la firmeza del laudo.
b) La carta notarial de fecha veintiocho de setiembre de dos mil quince debe ser presentada en original.
c) No precisa el apercibimiento que se deberá decretar, en caso se admitiera la presente demanda.

Por la razón expuesta **SE DECLARA INADMISIBLE** la demanda interpuesta presentada de Aurelio Víctor Castillo Santana, se le concede tres días a efectos de que proceda a la subsanación respectiva, bajo apercibimiento de rechazo. **Notifíquese**

TEMA N° 3

Implicancia de la incautación y el decomiso dispuestos en el proceso penal, de un bien afectado en garantía que es objeto de ejecución en sede civil.

¿Qué implicancias tiene respecto del remate de un bien hipotecado, la medida de incautación del mismo bien dictada en un proceso penal?

PRIMERA PONENCIA

Por la naturaleza de la incautación, de ser medida cautelar para un futuro decomiso, no debe procederse al remate, hasta que se resuelva en el proceso penal el destino del bien.

Fundamentación

El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal.

Por tanto, emitida una orden de incautación o, peor aún, una de decomiso, la ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble objeto de aquella, debe suspenderse, no pudiendo en ningún caso llevarse adelante el remate. Lo contrario importaría viabilizar que se sustraiga de la acción penal el inmueble sobre el cual ha de recaer la consecuencia accesoria que la ley prevé para el delito. En todo caso, si ulteriormente en sede penal se resuelve de modo tal que no se disponga el decomiso del inmueble, se encontrará expedito el remate del mismo en la ejecución de su propósito.

La existencia de auto final firme que ordene el remate, no es impedimento para que se mantenga el status quo del inmueble a resultas de lo que se decida en el proceso penal, pues el respeto formal de la cosa juzgada y la efectividad de las decisiones judiciales se ven en suma agraviados cuando sirven de excusa para la materialización de propósitos ilícitos.

SEGUNDA PONENCIA

La orden judicial de incautación no afecta la validez y eficacia de la hipoteca inscrita, por lo que en ningún caso puede impedir su ejecución. El remate debe

realizarse, pero la adjudicación del bien no implica el levantamiento registral de la incautación, por lo que el adjudicatario asume el riesgo del posterior decomiso del bien en el proceso penal.

Fundamentación

La existencia de una orden de incautación penal no importa el desconocimiento de la validez y eficacia del acto constitutivo de la garantía, en tanto acto civil que no ha sido objeto de un pronunciamiento nulificante; por tanto, la ejecución de la garantía debe proseguirse hasta la realización del remate, con cuyo producto deberá pagarse al acreedor ejecutante, satisfaciéndose así su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como quiera que existe una decisión cautelar asegurativa del posible decomiso que implique la transferencia del bien a favor del Estado como consecuencia de la represión del delito, a fin de evitar que por vía del remate se sustraiga el inmueble de dicha consecuencia accesoria de la condena penal, no debe dejarse sin efecto la orden de incautación. En ese sentido, para lo dispuesto por el artículo 739 inciso 2) del Código Procesal Civil, la inscripción de la incautación equivale a una anotación de demanda, cuya eficacia se mantiene hasta que en el proceso penal se decida en sentencia firme el destino del bien, esto es, si se dispone el decomiso a favor del Estado -que entonces se retrotraerá hasta la fecha de la incautación- o si se levanta dicha incautación. En el primer caso, el bien pasará a ser de propiedad del Estado, en perjuicio del adjudicatario que lo adquirió a sabiendas que se encontraba incautado. En el segundo caso, el adjudicatario verá perfeccionada su adquisición con el levantamiento de la incautación que dispondrá el juez penal.

Esta solución permite satisfacer el interés del acreedor, que obtiene el pago de su crédito con el producto del remate; del deudor, porque con el remate del bien se ve liberado de su deuda con el producto del mismo; y también el interés del Estado, que ve intacta la eficacia de la medida cautelar en su favor hasta la solución definitiva del proceso penal. Pero traslada al adjudicatario el riesgo de su adquisición, que estará condicionada al resultado del proceso penal en el que se decida finalmente el destino del bien, lo cual puede constituir un desincentivo para la participación de postores en el remate.

TERCERA PONENCIA

El remate debe realizarse, y la adjudicación implica el levantamiento registral de la incautación, pero el producto del remate se reserva y se pone a disposición del

Juzgado Penal, a resultas de lo que éste decida en sentencia firme con un eventual decomiso.

Fundamentación

Reconociéndose la vigencia y eficacia de la hipoteca, que no se ve enervada por la orden de incautación penal, debe proseguirse su ejecución hasta el remate y adjudicación, la cual determinará que se deje sin efecto la orden de incautación, con base en el artículo 739 inciso 2) del Código Procesal Civil, pues la incautación no es una anotación de demanda sino un equivalente al embargo. Por tanto no existirá impedimento para satisfacer el derecho del adjudicatario, disponiéndose la correspondiente transferencia del bien. Sin embargo, la incautación que recaía sobre el inmueble, se entiende trasladada sobre el producto del remate, por lo que éste no debe ser entregado en pago al acreedor ejecutante, sino reservada a disposición del Juzgado penal, hasta que en sentencia firme éste resuelva si dispone o no el decomiso –en este caso, del dinero.

Con esto se satisfacen los intereses del adjudicatario, que ve perfeccionada su adquisición, y del Estado, que mantiene la vigencia de la incautación a su favor, pero sustituida sobre el dinero en vez del inmueble. Pero traslada al acreedor ejecutante el riesgo de lo que se decida en el proceso penal sobre el destino de dicho dinero, que eventualmente no servirá para que se haga pago de su acreencia. En este supuesto, evidentemente, no podrá el deudor quedar liberado de su deuda por el sólo remate del bien, sino solamente cuando hubiera redundado en el pago a su acreedor.

CUARTA PONENCIA

En todo caso debe realizarse el remate del bien, y su adjudicación implica el levantamiento registral de la incautación y el pago al ejecutante, sin restricción alguna.

Fundamentación

Dado que la incautación es sólo una medida cautelar que no importa un mandato de no innovar, ni afecta la validez y eficacia de la hipoteca, debe procederse a la ejecución plena de ésta; más aún si ya existe auto final firme que ordena el remate del bien, lo que importa el respeto a la efectividad de las resoluciones judiciales. Por tanto, llevado a cabo el remate del bien, debe procederse al consecuente pago al acreedor ejecutante y transferencia del

inmueble a su adjudicatario, en los términos que dispone el artículo 739 del Código Procesal Civil.
En todo caso el Estado sólo tiene un derecho expectaticio provisional que no puede impedir los efectos jurídicos de un acto civil válido y eficaz, y del actuar jurisdiccional conforme a las garantías del debido proceso. Y de verse posteriormente afirmado definitivamente el derecho del Estado con un mandato de decomiso del bien, el mismo deberá ceñirse a la situación jurídica ya producida válidamente en la ejecución de la garantía.

¿Qué implicancias tiene respecto de la ejecución de garantía el decomiso del bien, ordenado en un proceso penal con anterioridad a la hipoteca, mediante sentencia que aún no está firme?

PRIMERA PONENCIA
El decomiso que aún no está firme tiene los mismos efectos impeditivos del remate que la incautación, hasta que se resuelva el proceso penal con carácter firme.

Fundamentación
El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal.
Por tanto, emitida una orden de decomiso del bien, que determina la transferencia de propiedad a favor del Estado, aún cuando dicha orden no esté firme, la ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble objeto de aquella, debe suspenderse, no pudiendo en ningún caso llevarse adelante el remate pues se estaría afectando el derecho del Estado que entronca directamente con el interés público de represión del delito. En tal caso, procederá la suspensión de la ejecución, hasta que se resuelve en definitiva la causa penal. Lo contrario importaría privar de eficacia al decomiso instaurado por normas de derecho público como mecanismo de lucha contra el crimen, no pudiendo argüirse en contrario la existencia de auto final firme que ordena el remate, pues en tal caso y efectuando una ponderación de los intereses en juego, debe prevalecer el interés público.

SEGUNDA PONENCIA
El decomiso que aún no está firme no impide el remate, pero no podrá disponerse la transferencia de propiedad a favor del adjudicatario y el producto del mismo se reservará hasta que el proceso penal se resuelva en definitiva.

Fundamentación

La existencia de una orden de decomiso importa la transferencia de propiedad a favor del Estado, sólo si ha adquirido firmeza, y una vez producido esto, se entiende que retrotrae sus efectos a la orden de incautación que fuera dictada como medida cautelar. En tanto ello no ocurra, no cabe sin embargo asumir la invalidez o ineficacia del acto constitutivo de la garantía; por tanto, la ejecución de la hipoteca debe proseguirse hasta la realización del remate. Sin embargo, producido éste no deberá disponerse la transferencia de propiedad a favor del adjudicatario conforme al artículo 739 el Código Procesal Civil, para evitar la futura colisión de los derechos de propiedad entre el adjudicatario (adquirido en el proceso civil) y el Estado (adquirido en el proceso penal). Puede sin embargo, a fin de dar seguridad y publicidad al derecho provisional o expectaticio del adjudicatario, disponerse la inscripción del remate como gravamen, o al amparo del artículo 2019 inciso 8) del Código Civil, a resultas de lo que se resuelva en definitiva en el proceso penal.

Evidentemente, dado el carácter diríase provisional de la adjudicación, no corresponde disponerse la entrega del dinero producto del remate, al acreedor

TERCERA PONENCIA

En todo caso debe realizarse el remate del bien, efectuándose la transferencia de propiedad al adjudicatario y el pago al ejecutante, sin restricción alguna.

Fundamentación

Reconociéndose la vigencia y eficacia de la hipoteca, que no se ve enervada por la orden de decomiso que aún no ha adquirido firmeza, debe proseguirse su ejecución hasta el remate y adjudicación del inmueble que formalmente no aparece de propiedad del Estado sino del ejecutado, procediendo que se deje sin efecto todo gravamen que pese sobre el mismo, conforme al artículo 739 inciso 2) del Código Procesal Civil. Por tanto no existirá impedimento para satisfacer el derecho del adjudicatario, disponiéndose la correspondiente transferencia del bien; así como el derecho del acreedor ejecutante a recibir en pago el producto del remate.

Sin embargo, la incautación que recaiga sobre el inmueble, se entiende trasladada sobre el producto del remate, por lo que éste no debe ser entregado en pago al acreedor ejecutante, sino reservada a disposición del Juzgado penal, hasta que en sentencia firme éste resuelva si dispone o no el decomiso –en este caso, del dinero.

¿Qué implicancias tiene respecto de la ejecución de garantía el decomiso del bien, ordenado en un proceso penal, mediante sentencia firme?

PRIMERA PONENCIA

El decomiso ordenado en sentencia penal firme impide, en todo caso, el remate del bien, aun cuando dicho decomiso haya sido dictado y/o, inscrito después de la hipoteca; o del inicio del proceso de ejecución o del auto final firme.

Fundamentación

El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal.

Por tanto, emitida en sentencia penal firme una orden de decomiso del bien, que determina la transferencia de propiedad a favor del Estado, la ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble objeto de aquella, debe suspenderse, no pudiendo en ningún caso llevarse adelante el remate pues se estaría afectando el derecho del Estado que entronca directamente con el interés público de represión del delito. Lo contrario importaría privar de eficacia al decomiso instaurado por normas de derecho público como mecanismo de lucha contra el crimen, no pudiendo argüirse en contrario la existencia de auto final firme que ordene el remate, pues en tal caso y efectuando una ponderación de los intereses en juego, debe prevalecer el interés público.

En todo caso, corresponderá a la parte interesada solicitar al juez penal que precise los alcances del decomiso, a fin de posibilitar la reanudación de la ejecución y realización del remate, según el caso.

SEGUNDA PONENCIA

El decomiso impide el remate sólo si la sentencia penal adquirió firmeza antes que el auto final que ordena el remate.

Fundamentación

Si el decomiso que importa la transferencia de propiedad del bien a favor del Estado, ha adquirido firmeza antes que el auto final que en el proceso de ejecución ordena el remate el bien, no será ya posible rematar el bien por encontrarse éste en la esfera de derecho del Estado por virtud de normas de derecho público, que tornan inoponible la situación jurídica de derecho privado surgida de la relación entre ejecutante y ejecutado. Pero si el decomiso quedó firme con posterioridad al auto final que ordena el remate, prevalecerá el

carácter de la cosa juzgada de la que goza dicho auto final, y el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante.

TERCERA PONENCIA
El decomiso impide el remate sólo si la sentencia penal adquirió firmeza antes que el auto final que ordena el remate; y no se afectan derechos de terceros amparados por la fe pública registral.

Fundamentación
Si el decomiso que importa la transferencia de propiedad del bien a favor del Estado, ha adquirido firmeza antes que el auto final que en el proceso de ejecución ordena el remate, no será ya posible rematar el bien por encontrarse éste en la esfera de derecho del Estado por virtud de normas de derecho público, que tornan inoponible la situación jurídica de derecho privado surgida de la relación entre ejecutante y ejecutado. A condición que el decomiso no implique la afectación del derecho del acreedor ejecutante que pudiera invocar fe pública registral, y a quién por lo mismo no pueda hacerse extensiva la consecuencia accesoria del delito.
De no ser así, es decir, si el decomiso adquirió firmeza con posterioridad al auto final, prevalecerá la cosa juzgada de éste y el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante.

CUARTA PONENCIA
El decomiso impide el remate sólo si en la sentencia penal se priva de validez y eficacia a la hipoteca.

Fundamentación
La validez y eficacia de la hipoteca sólo puede ser desconocida en tanto que exista un pronunciamiento nulificante firme, sea en un proceso civil o en el mismo proceso penal que disponga el decomiso; esto último con base en el artículo 97 del Código Penal. Por tanto, mientras no sea invalidada, la hipoteca surtirá todos su efectos y su ejecución no podrá verse afectada por la transferencia de propiedad del bien a favor del Estado por efecto del decomiso en sede penal. De este modo, el decomiso tendrá por virtud impedir el remate del bien decomisado, sólo si en la misma sentencia penal se invalida la hipoteca.

N°	DOCUMENTOS DE TRABAJO	PÁG.
	LECTURA INTERNACIONAL	
1.	VARGAS GONZALES. Patricia. *"El comiso del Patrimonio Criminal"*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Salamanca. 2012.	684
2.	GUILLERMO, Jorge. "*El decomiso del producto del delito*". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1244
3.	FRAY TOMÁS DE TORQUEMADA. "La necesidad de uniformizar criterios en el Código Procesal Penal. Dos casos: La transcripción de las audiencias orales y el procedimiento de confirmación de incautación. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1283
4.	PÉREZ BLANCO, Ricardo. "Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1304
5.	OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1329
	LECTURA NACIONAL	
6.	VARGAS MACHUCA, Roxana. "*Análisis sistemático del concepto de Buena Fe en el Código Civil de 1984*". Advocatus. Pág. 139-156	1461
7.	TARAZONA ALVARADO, Fernando. "Algunas consideraciones sobre el principio de fe pública registral". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1479
8.	GONZALES BARRÓN, Ghunter. "*Constitución y principios registrales*". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1499
9.	DELGADO PÉREZ, César Enrique. "*El principio de la fe pública registral en la jurisprudencia*". Diálogo con la Jurisprudencia N° 134. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Pág. 277-306	1522
10.	ZÚÑIGA RÍOS, Juan Carlos. "*La incautación y el decomiso en los procesos contra el crimen organizado*". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1554
11.	DELGADO TOVAR, Whalter. "*El proceso de pérdida de dominio*". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.	1581
	LEGISLACIÓN	
12.	Ley 30076. Ley que modifica el artículo 102 del Código Penal.	1607
13.	Ley 30424. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional	1609

14.	D. Leg. 1104. Decreto Legislativo que modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio.	1612
15.	D.S. No. 093-2012-OCM. Reglamento del D. Leg. 1104	1626
16.	D. Leg. 1106. Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado	1630
17.	Ley 30077 Ley Contra el crimen organizado	1633
18.	Código Procesal Penal. Artículo 316.	1635
ACUERDOS PLENARIOS		
19.	Acuerdo Plenario N°3-2010/CJ-116	1637
20.	Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116	1645
JURISPRUDENCIA		
21.	CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Sala Penal Permanente. Casación N° 136-2015-Cusco. Publicado el 15/08/2017.	1668
22.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 08159-2011-34. Lima, 14 de marzo del 2017.	1675
23.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Primera Sala Civil. Exp. N° 31391-2014. Lima, 18 de enero del 2017.	1693
24.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Exp. N° 2674-2008. Lima, 16 de setiembre del 2016.	1699
25.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Exp. N° 07776-2014-38. Miraflores, 03 de mayo del 2016.	1707
26.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Exp. N° 7718-2010-78. Miraflores, 18 de marzo del 2014.	1714
27.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Sala Penal Nacional. Exp. N° 579-2008-135-2001-JR-PE-03. Lima, 16 de diciembre del 2013.	1719
28.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 11° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 02674-2008-0-1817-JR-CO-11. Lima, 07 de enero del 2015.	1722
29.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 2° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 07776-2014-0-1817-JR-CO-02.	1725
30.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 10° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 08159-2011-0-1817-JR-CO-10. Lima, 30 de mayo del 2014.	1736
31.	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 17° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 07718-2010-0-1817-JR-CO-17. Lima, 17 de julio del 2013.	1741

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

El comiso del Patrimonio Criminal

VARGAS GONZALES. Patricia. "El comiso del Patrimonio Criminal". Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Salamanca. 2012

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL

PROGRAMA PROBLEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL. DOGMÁTICA PENAL Y PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL

TESIS DOCTORAL

EL COMISO DEL PATRIMONIO CRIMINAL

ELABORADA POR:

PATRICIA VARGAS GONZÁLEZ

DIRIGIDA POR EL PROFESOR DOCTOR:

EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS

SALAMANCA, 2012

"Las confiscaciones ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo más triste que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de un jefe, la sumisión al cual -ordenada por las leyes- les impediría evitar aquellos, aun cuando tuvieran los medios para hacerlo!" BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*.

ABREVIATURAS 11

INTRODUCCIÓN 15

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA 21

I. Primera aproximación al concepto de comiso. 21

II. Desarrollo histórico del comiso en los Códigos Penales españoles (del CP de 1822 a la LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del CP). 24

CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES 35

I. Normativa de las Naciones Unidas. 36

A. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988). 36

B. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000). 40

C. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003). 42

II. Normativa del Consejo de Europa. 46

A. Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990). 46

B. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005). 49

III. Normativa de la Unión Europea. 52

A. Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. 53

B. Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. 54

C. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. 55

D. Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. 66

E. Decisiones Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada y DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. Concepto de organización criminal de cara a la DM 2005/212/JAI del Consejo. 67

IV. Comiso: notas comunes en la normativa supranacional. 69

V. Transposición de la normativa supranacional a la legislación española.....73

CAPÍTULO III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL, LO 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS DE 2003 Y 2010 (LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE Y LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO) 84

I. El artículo 127 del Código Penal y sus reformas. 84

II. De la pena a la consecuencia accesoria: la transformación del comiso. 88

III. Clases de comiso. 97

A. Comiso de efectos e instrumentos.....97

1. Concepto de efectos. 98

2. Concepto de instrumentos. 104

2. a. Preparación o ejecución de un delito o falta. 109

2. b. Carácter esencial del instrumento. 115

3. El comiso de los efectos e instrumentos en el Derecho comparado. 117

4. Fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos en la legislación española..... 126

B. Comiso de ganancias. 136

1. Concepto de ganancias. 137

2. Ganancias netas o brutas. 141

3. El comiso de ganancias en el Derecho comparado. 152

4. Fundamento y orientación teleológica del comiso de ganancias en la legislación española. 160

C. Naturaleza jurídica del comiso de efectos e instrumentos y del comiso de ganancias. 174

1. Criterios en torno a este tema. 174

2. Toma de posición. 182

IV. Figuras jurídicas que tienen algún parecido con el comiso. 195

A. Comiso y confiscación. 195

B. Comiso, fianza y embargo de bienes. 201

C. Comiso, incautación o intervención de bienes. 202

D. Comiso y receptación civil. 205

E. Comiso y expropiación forzosa. 208

CAPÍTULO IV. APLICACIÓN DEL COMISO. REGLAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 127 DEL CÓDIGO PENAL Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 211

I. La pena: principal presupuesto del comiso. 211

II. Comiso sin responsabilidad criminal, asociado con una situación patrimonial ilícita. 213

III. Comiso como pérdida de derechos que integran un patrimonio. 228

IV. Momento en que debe darse la titularidad del derecho afectado por el comiso. 234

V. Decomiso de bienes objeto de derechos cuyo titular es un tercero. 236

A. Pertenencia a un tercero: derecho de propiedad sobre el bien decomisado. 240

B. Tercero de buena o mala fe 240

C. Responsabilidad del tercero en el delito. 246

D. Adquisición legal del bien. 248

E. Doctrina del levantamiento del velo. 250

F. Copropiedad o titularidad de derechos compartida. 256

G. El comiso de bienes de terceros en otros ordenamientos jurídicos. 259

H. Toma de postura en relación con el comiso de bienes de terceros. 262

VI. Comiso de primer o segundo grado. 263

VII. Comiso por valor equivalente. 267

VIII. Comiso y delitos imprudentes. 276

IX. Destino de los bienes sometidos a comiso. 279

X. Algunos principios constitucionales relacionados con la figura jurídica del comiso. 285

A. Principio de legalidad. 286

B. Principio de proporcionalidad. Artículo 128 del Código Penal. 287

C. Principio de culpabilidad. 294

D. Presunción de inocencia. 296

E. Principio acusatorio, derecho de defensa y fundamentación de la sentencia. 298

CAPÍTULO V. FORMAS ESPECIALES DE COMISO CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL Y EN OTRAS LEYES 303

I. Comiso ampliado (art. 127.1 párrafo 2 del Código Penal). 303

A. Delincuencia organizada, terrorismo y comiso ampliado. 303

B. El comiso ampliado en el Derecho comparado. 312

C. El comiso ampliado en la jurisprudencia del TEDH. 319

D. Examen del párrafo 2 del artículo 127.1 CP. 325

1. Objeto del comiso ampliado. Uso del verbo *ampliar*. 325

2. Sobre las *actividades delictivas* y los *ingresos legales*. 327

3. Organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo. 330

4. Presunción legal sobre el origen ilícito de los bienes 335

4. a. Sobre las presunciones y la inversión de la carga de la prueba. 336

4. b. Estudio de la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP. 345

1° Presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. 345

2° Problemas constitucionales del comiso ampliado. 346

3° El acuerdo de la Sala de lo Penal del TS, de fecha 5 de octubre de 1998 y su relación con el comiso ampliado. 362

5. Comiso ampliado y otros tipos penales que contemplan el fenómeno de las organizaciones y grupos criminales. 366

6. Comiso ampliado sobre bienes de terceros y en casos donde no se ha impuesto una pena y se demostrado una situación patrimonial ilícita. 371

7. Naturaleza jurídica de esta forma de comiso. 373

8. Otras reflexiones sobre el comiso ampliado contenido en el art. 127.1 párrafo 2 CP. 374

II. Comiso y delitos contra la seguridad vial (artículo 385 bis del Código Penal). 380

III. Regulación del comiso en los delitos relacionados con el tráfico de drogas (artículo 374 del Código Penal). 386

A. Examen de artículo. 386

B. Algunos datos estadísticos sobre el comiso de bienes por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. 397

IV. Comiso y blanqueo de capitales (artículo 301, apartados 1 y 5 del Código Penal). 400

V. Decomiso en delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.3 del Código Penal). 405

VI. Cohecho y tráfico de influencias (artículo 431 del Código Penal). 408

VII. Comiso aplicable al delito de contrabando (artículo 5, LO 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando). 411

VIII. Otras normas sobre el comiso contenidas en leyes penales especiales. 415

CAPÍTULO VI. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COSTA RICA 419

I. Antecedentes históricos del comiso. Del Código General de 1841 al Código Penal de 1941. 419

II. El comiso en el Código Penal de 1970. 420

A. El comiso en el proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica. 421

B. Artículo 110 del Código Penal. 424

C. Artículo 103 del Código Penal. Naturaleza jurídica del comiso. 433

D. Artículo 96 del Código Penal. 436

III. Ley N° 8204 de reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. 439

IV. Comiso previsto en la Ley N° 8754 contra la delincuencia organizada. 445

V. Principios constitucionales que son aplicables al comiso. 452

A. Principio de legalidad. 452

B. Principio de culpabilidad. 453

C. Presunción de inocencia. 454

D. Derecho de defensa, principio acusatorio y fundamentación de la sentencia. 455

E. Principio de proporcionalidad. 461

CAPÍTULO VII. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA ESPAÑA Y COSTA RICA 467

I. Sobre la necesidad de un proceso accesorio y uno autónomo para resolver sobre el decomiso. 467

II. Una propuesta de *lege ferenda* en materia de comiso. 471

CONCLUSIONES 491

BIBLIOGRAFÍA 507

ADPCP Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AFDUC Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

AP Actualidad Penal

Art. Artículo

Arts. Artículos

ATC Auto del Tribunal Constitucional

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)

BIMJ Boletín de Información del Ministerio de Justicia

BMJ Boletín del Ministerio de Justicia

BOE Boletín Oficial del Estado

Cap. Capítulo

CC Código Civil

CDF Cuadernos Digitales de Formación

CDJ Cuadernos de Derecho Judicial

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Cfr. Compárese

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

Comp. Compilador (es)

Coord. Coordinador

Coords. Coordinadores

CP Código Penal

CPP Código Procesal Penal de Costa Rica

Dir. Director

Dirs. Directores

DM Decisión Marco

DOCE Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE Diario Oficial de la Unión Europea

DPPG Derecho Penal. Parte General

EDJ Estudios de Derecho Judicial

EPC Estudios Penales y Criminológicos

et ál. et álii (lat.: 'y otros')

FGE Fiscalía General del Estado

ICD Instituto Costarricense sobre Drogas

LCDO Ley contra la Delincuencia Organizada

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LH Ley Hipotecaria

LO Ley Orgánica

N° Número

NU Naciones Unidas

NUE Noticias de la Unión Europea

ONU Organización de Naciones Unidas

RAE Real Academia Española

RDP Revista de Derecho Penal

RDPP Revista de Derecho y Proceso Penal

RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

REP Revista de Estudios Penitenciarios

RGDP Revista General de Derecho Penal

RGLJ Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RJA Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

RP Revista Penal

SC Sala Constitucional de Costa Rica

SS. Siguientes

SSC Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

SSSC Sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica

SSST Sentencias de la Sala Tercera de Costa Rica

SST Sentencia de la Sala Tercera de Costa Rica

SSTC Sentencias del Tribunal Constitucional

SSTCP Sentencias del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica

SSTS Sentencias del Tribunal Supremo

ST Sala Tercera (Sala de Casación Penal) de Costa Rica

STAS Sentencia del Tribunal de Apelación de Sentencia de Costa Rica

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STCP Sentencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

StGB Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

StPO Strafprozeßordnung (Código de Procedimiento alemán)

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TCP Tribunal de Casación Penal de Costa Rica

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TS Tribunal Supremo

Vid. Véase

Vol. Volumen

El comiso es una figura jurídica que se encuentra prácticamente en todos los Códigos Penales españoles. Pese a esto, es en las últimas décadas donde ha adquirido mayor relevancia, sobre todo por la aparición de grupos criminales estables y organizados, que actúan cada vez más a nivel trasnacional y cuyo propósito medular es obtener beneficios económicos por medio de la comisión de delitos. Para evitar que esos activos ilícitos sean aprovechados, los encargados de elaborar la política criminal supranacional han redimensionado el comiso, dotándolo de características que son completamente novedosas y en algunos casos, inconciliables con los principios y garantías consagrados en el CEDH y en la CE. Acorde con lo anterior, España ha sometido su legislación, en particular el art. 127 CP, a varias reformas, cuya constitucionalidad, nuevamente, se puede someter a duros cuestionamientos, máxime si se considera que prácticamente todos los instrumentos supranacionales también invitan al legislador a respetar los derechos fundamentales contemplados en su derecho interno.

En el caso de Costa Rica la situación es similar, sin embargo, la Asamblea Legislativa, en lugar de reformar la regulación general sobre el comiso contenida en el CP, ha hecho algunos cambios en leyes especiales, p. ej., las que abordan los problemas asociados con el narcotráfico y la delincuencia organizada.

En el contexto antes reseñado se desarrollará la presente investigación, misma que tiene como objetivos elementales los siguientes:

- Determinar la naturaleza jurídica del comiso, su fundamento y orientación teleológica, según sea de efectos, instrumentos o ganancias.
- Examinar los instrumentos supranacionales vigentes en España que tratan el tema del comiso y la forma en que han sido incorporados a la legislación interna.
- Analizar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, la legislación penal española sobre el comiso, en particular el artículo 127 del Código Penal y su más reciente reforma (LO 5/2010, de 22 de junio).
- Analizar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, la legislación penal costarricense sobre el comiso, en particular los arts. 96, 103 y 110 del Código Penal.
- Valorar la regulación legal sobre el comiso, tanto la española como la costarricense, desde una óptica constitucional.
- Estudiar las formas especiales de comiso que prevé la legislación penal española en diversos tipos penales del Código Penal y en leyes especiales.
- Estudiar las formas particulares de comiso previstas en las leyes costarricenses N° 8204 de 26 de diciembre de 2001 y N° 8754 del 22 de julio de 2009.
- Elaborar una propuesta de *lege ferenda* en materia de comiso.

Para cumplir con estos objetivos, la investigación se dividirá en siete capítulos, de los cuales los cinco primeros estarán dedicados al caso español.

En el primer capítulo, tras brindar un concepto elemental del comiso, se abordará la evolución que ha experimentado esta figura jurídica en los diversos Códigos penales españoles (en concreto, del Código Penal de 1822 a la LO 17/1994, de 23 de diciembre, *sobre modificación de diversos artículos del Código Penal*).

El segundo capítulo estará destinado al estudio de la política criminal supranacional en materia de comiso y la manera en que se ha dado la incorporación de los instrumentos supranacionales al ordenamiento jurídico interno. De gran importancia será el último acápite, pues se expondrán los excesos en los que ha incurrido el legislador español al hacer esa transposición, lo que a su vez demuestra el deseo de transformar en auténticas sanciones medidas como el comiso, que al menos en el plano del *deber ser*, no tienen tal carácter.

En el tercer capítulo se abordará la transformación del comiso, de pena a consecuencia accesoria. Del mismo modo, se profundizará en el comiso de efectos e instrumentos y en el comiso de ganancias, entendidos como dos figuras independientes entre sí, e independientes de las medidas contempladas en el art. 129 CP. Además, se tratará el fundamento y la orientación teleológica de cada modalidad de comiso, así como su naturaleza jurídica. Este último extremo será esencial para determinar la sintonía o no que se pueda predicar entre el comiso y los principios contenidos en la CE.

Las reglas sobre el comiso contenidas en el art. 127 CP, así como los principios constitucionales que se relacionan con esta figura jurídica serán analizados en el capítulo IV. En concreto, se estudiarán los presupuestos del comiso (la pena y la situación patrimonial ilícita); el comiso como pérdida de derechos (y no únicamente como pérdida del derecho real de propiedad); el decomiso de bienes objeto de derechos cuyo titular es un tercero; el comiso de primer y segundo grado; el comiso por valor equivalente, el comiso tratándose de delitos imprudentes y el destino de los bienes sometidos a comiso. De la misma manera, se examinará la relación que se articula entre el comiso y los principios de proporcionalidad (art. 128 CP); culpabilidad y legalidad; la presunción de inocencia; el principio acusatorio; el derecho de defensa y la fundamentación de la sentencia.

En el capítulo V, el último que se dedica al caso español, se estudiarán las formas particulares de comiso contenidas en el Código Penal y en otras leyes. En primer término, se profundizará en el comiso ampliado, figura que si bien está contenida en la disposición general (en concreto, en el art. 127.1 párrafo 2 CP), por estar referida únicamente al fenómeno de la criminalidad organizada y el terrorismo, se puede catalogar como una forma especial de comiso. También se estudiará el comiso contemplado en relación con los delitos de seguridad vial (art. 385 bis CP); los delitos asociados con el tráfico de drogas (art. 374 CP); el blanqueo de capitales (art. 301. 1 y 5 CP); los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319. 3 CP); el cohecho y el tráfico de influencias (art. 431 CP) y el delito de contrabando (art. 5 de la LO 12/1995 de 12 de diciembre). Finalmente, se tratará la referencia al

comiso contenida en el Código Penal Militar y en las legislaciones sobre navegación aérea y sobre régimen jurídico de control de cambios.

Según comprobará el lector, en este capítulo tendrá mayúscula importancia el examen sobre las presunciones legales como categoría teórica y las consecuencias que desde una rigurosa técnica jurídica se asocian a estas presunciones, en contraposición con las presunciones judiciales. Definido esto, se profundizará en los elementos que integran la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP y su sintonía con los principios básicos que inspiran el ordenamiento jurídico penal español.

A lo largo de los anteriores capítulos también se hará un estudio de Derecho comparado. El acento se pondrá en la regulación penal alemana, suiza y portuguesa, sin perjuicio de los comentarios hechos con base en la normativa de otros países, p. ej., la italiana, británica, brasileña, colombiana, peruana y mexicana. Aunque mi conocimiento de idiomas distintos al español es bastante elemental, considero indispensable hacer este ejercicio comparativo, pues los ordenamientos jurídicos que mencioné antes, en particular el alemán y el suizo, contemplan las figuras que recientemente se incorporaron en España (p. ej., el comiso ampliado) y en ese tanto, las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto son más maduras. Evidentemente, se trata de un estudio que por la misma razón (mis limitaciones en el manejo de otras lenguas), no será tan profundo como hubiese deseado.

Igualmente, en el desarrollo de cada tema se hará referencia a algunas resoluciones de los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones tienen mayor trascendencia en el país, a saber, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. También se examinarán algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo en lo que al comiso ampliado se refiere.

En el capítulo VI analizaré la regulación costarricense sobre el comiso. Inicialmente, se trabajará la evolución histórica del comiso en los Códigos Penales costarricenses. Luego se estudiará el Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica, mismo que da origen al Código Penal costarricense de 1970 vigente en nuestros días. La referencia al Proyecto de Código penal mencionado será elemental para comprender por qué el comiso fue catalogado como una consecuencia civil del delito.

Asimismo, en este acápite se dará importancia al tema de la naturaleza jurídica del instituto, fundamental, como ya indiqué, para determinar si se satisfacen o no los requerimientos que la Constitución Política de 1949 impone para la materia sancionatoria. Se explorarán los artículos 96, 103 y 110 CP, definiendo igual que se hará para el caso español, los elementos característicos del comiso ahí regulado, así como su fundamento y orientación teleológica. También se abordará la situación del tercero afectado con la medida.

A lo largo de esta apartado existirán abundantes referencias jurisprudenciales. Se mencionarán y trabajarán sentencias dictadas por los órganos de casación penal (Sala Tercera y Tribunales de Casación) y la Sala Constitucional. Aunque en

menor medida, de la misma manera se aludirá a algunas resoluciones emitidas por los recién creados Tribunales de Apelación, encargados de conocer el recurso de apelación contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Juicio. Al igual que con el caso español, se circunscribirá el estudio jurisprudencial a las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales que tienen mayor trascendencia, sea porque sus decisiones tienen carácter vinculante (como sucede con la Sala Constitucional), o porque resuelven en última instancia (este sería el caso de la Sala Tercera, o de los Tribunales de Casación).

En el séptimo capítulo, tras valorar la necesidad de crear un procedimiento independiente para discutir sobre el comiso, formularé una propuesta de *lege ferenda*. En primer término, se hará una propuesta de carácter general, que por tratar los extremos más elementales del comiso y por las semejanzas existentes entre los ordenamientos jurídicos penales de ambos países, se podrá aplicar tanto en España como en Costa Rica. Del mismo modo, se harán varias propuestas específicas para cada país que también se circunscribirán a los aspectos que desde mi óptica, son los de mayor relevancia. En suma, aunque la proposición no será exhaustiva (pues esto solo se conseguirá con una reforma integral que, p. ej., abarque también la normativa procesal penal), sí será de profundidad en los temas que se traten.

La investigación es innovadora, pues se abordará una figura que en el Código Penal español ha experimentado reformas recientes de gran envergadura, en especial la referida al comiso ampliado. En el ámbito costarricense la investigación tiene igual carácter, ya que el estudio de las disposiciones sobre el comiso, sean las contenidas en el Código Penal o en otros cuerpos normativos, no ha sido una prioridad. Incluso en España, si bien hay monografías en torno al comiso de enorme trascendencia (las obras de Manzanares Samaniego, o de Aguado Correa, por ejemplo), tras la LO 5/2010 de 22 de junio, las obras publicadas al respecto tienen un carácter más general, lo que es comprensible, pues ha pasado poco tiempo desde que entró en vigencia la reforma del art. 127 CP. Finalmente, la elaboración de una propuesta de *lege ferenda* es un elemento más por el cual puedo anticipar que este trabajo es novedoso.

En cuanto a su elaboración, se empleará la siguiente metodología:

Método histórico. Estudio de la evolución histórica que ha tenido la figura del comiso.

Método comparativo (Derecho comparado en torno a la figura del comiso).

Método argumentativo.

En cuanto a la técnica empleada, se acudirá básicamente a la búsqueda y examen de doctrina, normativa y jurisprudencia. En relación con los textos editados por La Ley, he hecho un esfuerzo por consultar su versión impresa y solo cuando esa consulta no ha sido posible (p. ej., porque no hay un ejemplar disponible en las bibliotecas de la Universidad de Salamanca), he acudido a la versión digital, señalando en cada cita el apartado específico de la obra al que hago referencia. Mi pre-

tensión, con esto, es que el lector se pueda ubicar en el texto que se encuentra en internet cuando éste carece de número de páginas. Siempre en relación con los documentos que se encuentran en internet, sean los de la editorial La Ley a los que acabo de aludir, o cualquier otra publicación, en la bibliografía se indica la fecha en la que accedí por última vez a los mismos. La constante actualización de ese dato tiene el propósito de confirmar que los textos siguen disponibles para el lector que desee consultarlos.

Finalmente, quiero agregar que mis estudios doctorales y la presente tesis que los culmina los he podido realizar gracias a una beca concedida por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Además de a dicha institución, deseo agradecer a quienes de una u otra manera han hecho posible la realización de este trabajo: mi director, Prof. Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós; mi familia, Erick y mis bebés, Sofía y Mariana y mis amigos, los salmantinos y los de mi tierra. A todos, muchas gracias.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Antes de examinar la evolución que ha experimentado el comiso en la legislación penal española, es necesario ofrecer al lector un concepto elemental de esta figura jurídica que sirva como punto de partida en esta investigación.

I. Primera aproximación al concepto de comiso.

En términos generales, la doctrina española lo define como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva.[1] La pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo, así como el correlativo cambio en la titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción que tiene lugar *ipso iure*.[2] En tanto que algunos contemplan tanto la pérdida del título como su traslado directo e inmediato a favor del Estado,[3] otros ponen el acento

[1] CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Editorial Comares, 2004, p. 5. En igual sentido, otros autores sostienen que el comiso *"Consiste en la pérdida de los efectos provenientes del delito o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como de las ganancias obtenidas "cualquiera sea las transformaciones que hubieren podido experimentar" (artículo 127 CP)."* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Ediciones Experiencia S.L., 2004, p. 546. García-Pablos de Molina lo entiende como el acto mediante el cual se priva al delincuente *"...de los instrumentos, efectos y ganancias derivados del delito..."* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal.* Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3° edición, 2005, p. 147. Para Manzanares Samaniego el comiso consiste *"...en la pérdida de la propiedad de cosas concretas relacionadas con una infracción criminal."* MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983.* Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1983, p. 251. En igual sentido, Gascón Inchausti señala: *"El decomiso de bienes –a menudo denominado también comiso o confiscación– consiste en la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular, derivada de su vinculación con un hecho antijurídico."* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Vol. 6, 2010, p. 1; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU, Teresa; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.). *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro.* Madrid, Colex, 2006, p. 210.

[2] Así lo señala AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Madrid, EDERSA, 2000, pp. 38-39. Para Manzanares Samaniego es redundante acentuar el carácter definitivo de la transmisión que se da con el comiso, pues versa sobre un derecho real de dominio. MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.,* p. 251. Esta opinión como explicaré luego, debe ser examinada, ya que con ocasión del comiso también se pueden *perder* a favor del Estado derechos diversos al derecho real de propiedad.

[3] Por ejemplo, Prats Canut y Morán Mora son dos de los autores que al dar un concepto de comiso, acentúan tanto la pérdida del título dominical como su traslado inmediato a favor del Estado. PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 3° edición, 2004, p. 646.

en el primero de esos elementos[4] y entienden el cambio de titularidad como la consecuencia del decomiso.[5]

En este momento es necesario hacer una observación que debe tomarse en cuenta a lo largo de toda esta investigación. El comiso es una figura que aunque está presente en la legislación de muchos países, muestra diversos límites y contenidos. Por ese motivo su concepto, naturaleza jurídica y fundamento dependerá precisamente de las características asumidas por cada ordenamiento jurídico. Además, tratándose de la regulación española, los estudiosos del tema no pueden desconocer los cambios que ha experimentado ésta con el paso de los años, de ahí que también sus criterios hayan variado. P. ej., mientras que algunos autores al definir el comiso mencionaban solo los instrumentos con que se ha ejecutado la infracción,[6] otros (valorando un texto legal diverso), incluyeron además los bienes con que la misma se ha preparado.[7]

Siempre en esta línea de ideas, nótese que ni el art. 127 CP, ni las restantes normas que regulan el instituto del comiso brindan expresamente un concepto de éste.[8] Pese a esto, el mencionado art. 127 nos da la información necesaria para construir una definición. En una primera aproximación, el comiso se puede conceptualizar como la pérdida a favor del Estado del derecho que tiene el condenado o un tercero (en ciertas circunstancias), sobre los efectos procedentes de un delito o falta dolosos, o de un delito imprudente cuya pena sea superior a un año de prisión; de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes de aquel delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.[9]

---

[4] Para Muñoz Conde y García Arán el comiso es el acto por el cual se priva al responsable de los efectos provenientes del delito, los bienes utilizados en su comisión y las ganancias obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan sufrido. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 8° edición revisada y puesta al día, 2010, p. 621.

[5] Gascón Inchausti considera que es consecuencia del decomiso que el Estado adquiera la titularidad del bien decomisado. GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* p. 1.

[6] Este es el caso de MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 621. Desde mi óptica, este libro contiene un error pues hablamos de su octava edición, revisada y puesta al día en 2010, año para la cual el art. 127 CP ya contemplaba el comiso de los instrumentos empleados en la preparación de la infracción.

[7] V.g., Muñoz Cuesta define el comiso como *"...la pérdida de los efectos del delito, los bienes, medios o instrumentos utilizados en la preparación o ejecución del mismo y de las ganancias que se hubieran podido derivar de la comisión del delito o falta..."* MUÑOZ CUESTA, Javier. "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004*. Navarra, Editorial Aranzadi, Vol. N° 6, Tomo LXX, 2005, p. 293.

[8] Al respecto, apunta Fernando Gascón: *"...además de una regulación general del decomiso de bienes -contenida en los arts. 127 y 128 CP-, existen también varios regímenes especiales, tanto en la parte especial del Código Penal como en la legislación penal especial; y... en todas estas sedes el legislador español regula el decomiso de bienes sin ofrecer una definición expresa del mismo, aunque dándola por supuesta."* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid, Editorial Colex, 2007, p. 16.

[9] "1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transforma-

Una definición tan elemental es insuficiente si se considera que los términos *efectos, instrumentos y ganancias* tienen diferentes significados (tanto que en otros países se regula su comiso separadamente);[10] que el art. 127 CP contempla el comiso por valor equivalente y el comiso ampliado (figura que desplaza la carga de la prueba tratándose del comiso del patrimonio de quienes han sido condenados por terrorismo, o por realizar actividades delictivas en el seno de organizaciones o grupos criminales o terroristas), así como el comiso en casos donde no se ha declarado responsabilidad criminal alguna, aunque sí la presencia de una situación patrimonial ilícita (entiéndase, un hecho típico y antijurídico). No obstante, con el propósito de que esta exposición sea clara, de momento se trabajará con un concepto básico, a saber, el comiso como acto por medio del cual el Estado despoja al autor o partícipe de la infracción, o inclusive a un tercero (lo anterior bajo ciertos requisitos), de algunos de los derechos que integran su patrimonio y cuyo objeto tienen una relación estrecha con la infracción.[11]

---

ciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.
El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.
2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.
3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.
4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.
5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán."
Art. 127 CP. Texto dispuesto en la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 152, 23 de junio de 2010, pp. 54836-54837.

[10] Así sucede p. ej., en Alemania o en Suiza. La doctrina alemana considera que esto se debe a la diferente orientación teleológica que tienen ambas figuras: *"En un primer plano se trata de la exacción de ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente y con ello, también mediatamente, de la prevención del delito ("crime doesn't pay"); pero junto a ello también la colectividad debe ser protegida frente a objetos peligrosos (por ejemplo, armas, drogas, moneda falsa)."* JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. Granada, Editorial Comares, S.L., 5° edición renovada y ampliada, 2002, p. 850.

[11] De la relación que hay entre el objeto de comiso y la conducta constitutiva de delito o falta se desprende que esa figura jurídica afecta a determinados objetos concretos y no a todo el patrimonio. Según Teresa Aguado Correa, así funciona el comiso en la mayoría de países. AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 16.

II. Desarrollo histórico del comiso en los Códigos Penales españoles (del CP de 1822 a la LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del CP).

El Código Penal de 1822, considerado una mejora en la situación penal española,[12] incluyó en el catálogo de penas pecuniarias la pérdida de los efectos e instrumentos con los que se cometió el delito. Señala el artículo 90: "*Las armas, instrumentos ó utensilios con que se haya cometido el delito, y los efectos en que éste consista, ó que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos ó inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan á un tercero, á quien se hubieren robado ó sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente.*"[13] De esta norma se extrae que el comiso era considerado una pena aplicable únicamente en relación con los delitos (y no con respecto a otras conductas contrarias al ordenamiento jurídico, como las faltas). También se preveía la situación del tercero titular, impidiéndose el comiso de los bienes solamente cuando le hubiesen sido robados o sustraídos sin su culpa. Del mismo modo, se reguló el destino que debía darse a los objetos decomisados (destruirlos, inutilizarlos o aprovecharlos económicamente, en cuyo caso el importe obtenido se aplicaría como multa[14]).

Tratándose del Código Penal de 1848,[15] el artículo 24 contemplaba como pena accesoria (es decir, que siempre se impone unida a la principal[16]), la "*pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito*".[17] Sobre esta sanción la ley agregaba: "*Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de*

---

[12] A diferencia de lo que sucedía con las normas penales vigentes a inicios de siglo en España, según Joaquín Francisco Pacheco éste es un código científico, en donde *"La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones..."*. Considera que a pesar de su dureza, *"...mejoraba inmensamente la situación penal de la nación."* PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado.* Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 6° edición corregida y aumentada, Tomo I, 1888, p. 53.

[13] Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid, Imprenta Nacional, 1822, p. 18.

[14] Sobre este extremo concreto, Cerezo Domínguez sostiene que la norma en estudio contemplaba el comiso impropio, al permitir el cobro de una cantidad de dinero equivalente al valor de los objetos para los supuestos en que éstos ya no se encontrasen a disposición del sujeto. CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 17. No comparto esta opinión, pues la norma no prevé el cobro de una cantidad de dinero equivalente al valor de los bienes, sino la aplicación como multa del importe que se obtenga de ellos, cuando se considere inconveniente inutilizarlos o destruirlos.

[15] Tras su entrada en vigencia, el Código Penal de 1848 sufrió numerosos cambios, entre los que destaca la reforma operada en 1850 (a través del decreto de 7 de junio de 1850). Así, VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código Penal Reformado; comentado novísimamente.* Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja, editor, 1851, p. V. Según Juan Antonio Hidalgo García, el 30 de junio de 1850 se publicó otra edición del Código de 1848, que intercala y refunde las modificaciones que por decreto le habían sido introducidas desde que empezó a regir el 19 de marzo de 1848. HIDALGO GARCÍA, Juan Antonio. *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo II, 1908, p. 1066.

[16] IÑESTA PASTOR, Emilia. *El Código Penal Español de 1848.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 561.

[17] PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado, op. cit.,* p. 309; VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, op. cit.,* p. 141.

él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, á no ser que pertenezcan á un tercero no responsable del delito."[18]

Al usar la palabra delito, el artículo no abarcaba las conductas constitutivas de faltas. No obstante, la pena de comiso se les podía aplicar, toda vez que el legislador así lo contempló en las disposiciones comunes a las faltas,[19] lo que constituyó una novedad en relación con la normativa de 1822.

El artículo en examen guardó silencio sobre el destino que se le debía dar a los bienes; suprimió la multa a la que aludía el texto legal anterior y proscribió el comiso cuando el propietario del bien fuese un tercero no responsable del delito, salvaguardando sus derechos.[20] Además de esto y aunque sin usar expresamente la palabra *ganancias*, contempló su comiso, en concreto, tratándose de las dádivas obtenidas en el delito de cohecho.[21] Esto también fue novedoso, pues aunque el Código de 1822 señalaba que lo entregado en soborno o regalo no sería devuelto al sobornador, disponía que su importe se debía aplicar como multa.[22]

En el Código Penal de 1870[23] el tema se abordó de la misma forma, al catalogar *"la pérdida ó comiso de los instrumentos ó efectos del delito"* como pena acceso-

[18] Artículo 59. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, ibídem,* p. 174.

[19] En los arts. 502 y 503 (antiguos 490 y 491), se indicaba:
"Artículo 502. Caerán siempre en comiso:
1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.
2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos siendo nocivos.
3° Los efectos falsificados, adulterados ó averiados que se expendieren como legítimos o buenos.
4° Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad ó calidad.
5° Las medidas ó pesos falsos.
6° Los enseres que sirvan para juegos ó rifas.
7° Los efectos que se empleen para adivinaciones ú otros engaños semejantes.
Artículo 503. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresados en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales á su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias…"
PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado, op. cit.,* p. 467, 468. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, op. cit.,* pp. 474-475; Llama la atención la falta de sintonía entre ambas normas, pues en tanto el art. 502 señala que los bienes allí descritos caerán *siempre* en comiso, el art. 503 deja en manos de los tribunales esa decisión.

[20] Vicente y Caravantes, al comentar la última parte de la norma señaló: *"Este párrafo tiene por objeto evitar que se menoscabe la propiedad particular bajo el pretexto de un delito; de suerte, que si la escopeta o la espada con que se cometió un crimen, pertenecían a una persona que no tuvo parte ninguna en él, no caerán en comiso estas armas, sino que deben ser devueltas a su dueño."* VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, ibídem,* pp. 174-175.

[21] Artículo 317 (antiguo 308), en relación con los arts. 314 a 316 (antiguos 305 a 307). VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, ibídem,* pp. 369-370.

[22] "Art. 89… Lo dado en soborno ó regalo no se restituirá nunca al sobornador, sino que se aplicará también su importe como multa. Si lo prometido en soborno no consistiere en cantidad ú otra dádiva determinada, sino en ofrecimiento de alguna colocación ó en otras esperanzas de mejor fortuna, graduarán los jueces de hecho prudencialmente la utilidad ó rendimiento que en tres años produciría lo prometido, si se hubiera realizado; y el importe de lo que gradúen como suma de estos tres años será el que deba triplicarse como multa." Código Penal de 1822, p. 18.

[23] Según Hidalgo García, *"Por ley de 18 de junio de 1870 se autorizó al Ministro de Gracia y Justicia para que el proyecto de reforma presentado por el Gobierno a las Cortes Constituyentes fuese planteado como ley provisional, y así se mandó observar por decreto de 30 de Agosto del propio año, viendo á ser este Código como una tercera edición del publicado en 1848."* HIDALGO GARCÍA, *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, p. 1066. En igual sentido, señala Suárez-

ria.[24] Para la doctrina[25] este Código se caracterizó por regular el destino de los bienes en términos similares a los contenidos en la normativa actual: *"Toda pena que se impusiere por un delito, llevará consigo la pérdida de los efectos de que él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren á un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado o se inutilizarán si son ilícitos."*[26]

En esta regulación también se contempló expresamente el comiso del dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego o rifa (que en aquel entonces era delito);[27] la aplicación de esta pena accesoria tratándose de las faltas[28] y el comiso de las dádivas o presentes en materia de cohecho.[29]

El Código Penal de 1928 introdujo un cambio notable, pues tras suprimir como regla general las penas accesorias, ubicó el comiso *"de los instrumentos o efectos del delito o falta"* entre las medidas de seguridad, que pueden acordarse *"como*

Mira Rodríguez y otros: *"El Código de 1850 a nadie satisfizo y la tesitura política lo hacía insostenible… El 30 de mayo de 1870, el Ministro de Justicia y Gracia -Montero Ríos- lee en las Cortes por sorpresa un Proyecto que es discutido y aprobado en dos sesiones (15 y 17 de junio de 1870), y que se publica el 30 de agosto. Su técnica es tributaria del texto de 1848 cuya estructura conserva, significando un importante progreso en lo político… Fue desproporcionadamente criticado en su época… y, superando el carácter de "provisional" con que se promulgó, estuvo vigente 58 años."* SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., Tomo I, 5° edición, 2008, pp. 88-89.

[24] GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, Manuel. *Código Penal de 1870. Copiosamente anotado con los extractos de las más interesantes y recientes sentencias del Tribunal Supremo: corregido según las posteriores disposiciones publicadas hasta el día, que modifican sus preceptos y ampliado con varias leyes y disposiciones complementarias*. Madrid, Fernando Fé Editor, 1902, art. 26, p. 69.

[25] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 24. En igual sentido, Cerezo Domínguez apunta que el destino de lo decomisado se prevé en términos parecidos a los actuales, al distinguir entre bienes de lícito e ilícito comercio. CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 18.

[26] GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870, op. cit.,* art. 63, pp. 80-81.

[27] GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870, ibídem,* art. 360, p. 237.

[28] El comiso en materia de faltas se siguió regulando en una norma aparte, específicamente, en el artículo 622, que señalaba:
"Caerán siempre en comiso:
1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.
2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos, siendo nocivos.
3° Las monedas ó efectos falsificados, adulterados ó averiados que se expendieren como legítimos ó buenos.
4° Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad ó calidad.
5° Las medidas ó pesos falsos.
6° Los enseres que sirvan para juegos ó rifas.
7° Los efectos que se empleen para adivinaciones ú otros engaños semejantes."
El art. 623, por su parte, indicaba: "El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales á su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias."
GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870, ibídem,* artículos 622-623, pp. 385-386.

[29] Véase GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, *Código Penal de 1870, ibídem,* art. 404 en relación con los numerales 396 a 403, pp. 255-259.

consecuencia de los delitos o faltas, o como complementos de pena" (art. 90, apartado 9°).[30]

Al igual que su antecesor, este Código reguló el destino de los bienes decomisados en términos similares a los actuales, al indicar en su art. 136: "*Los objetos decomisados se venderán, si son de lícito comercio, aplicando el producto a cubrir las responsabilidades civiles del reo, o se inutilizarán si fueren ilícitos, salvo que los reclame un Museo oficial, y no hubiese inconveniente legal para entregárselos".*[31] Asimismo, previó en su art. 134 el comiso de los bienes de uso prohibido o comercio ilícito, *"incluso en los casos en los que no se declare la existencia del delito o falta, o cuando no pertenezcan al acusado."* Como se aprecia, la diferencia entre bienes de lícito e ilícito comercio era medular para determinar su destino, e inclusive la imposición del comiso, pues si los bienes pertenecían a la segunda categoría (ilícitos), la medida procedía con independencia de quien fuese su propietario, o de la existencia de alguna conducta criminal. Entiendo que éste podría considerarse un antecedente de lo que hoy se prevé en el art. 127.4 CP (comiso en casos donde no se ha dado la imposición de una pena[32]), aunque con una notoria divergencia, pues en tanto que el art. 134 mencionado se interesaba más por la naturaleza peligrosa del bien[33] (así, p. ej., hablaba de bienes de uso prohibido), el actual art. 127.4 se vincula con las ganancias, ya que exige como presupuesto del comiso la configuración de una situación patrimonial ilícita.

En este numeral se incluyó el comiso de las ganancias, en concreto, las dádivas o presentes entregados en los delitos de cohecho.[34] Finalmente el Código señaló que para los delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, *"sólo se considerarán como instrumentos o efectos del delito los ejemplares del escrito o estampa publicado, y el molde que no pueda ser inmediatamente descompuesto para aplicar sus piezas a otros fines lícitos."*[35]

---

[30] Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1928, p. 34.

[31] Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928, p. 47.

[32] El art. 127.4. CP indica:

"El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita."

[33] Aunque la norma se refiere a bienes de uso prohibido o de comercio ilícito, es claro que su propósito era evitar el empleo de bienes intrínsecamente peligrosos para cometer nuevas infracciones. El error que cometió el legislador (y sigue cometiendo), es confundir la peligrosidad de un bien con su licitud comercial, o con la existencia de requisitos de orden administrativo para su uso.

[34] "El comiso de los efectos aprehendidos con ocasión de una infracción se acordará respecto de los que sean de uso prohibido o comercio ilícito, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o falta perseguidos o no pertenezcan al acusado. También se decretará el comiso de las bebidas o comestibles falsificados, adulterados, averiados o faltos de peso; las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieran; o estuvieren destinados a expenderse como legítimos o buenos; las dádivas o presentes entregados en los delitos de cohecho; las medidas o pesos falsos; los enseres que sirven para juegos o rifas y los efectos que se empleen para adivinaciones o engaños semejantes."

Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928, p. 47.

[35] Artículo 135, Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928, p. 47.

El de 1928 fue el único Código Penal que contempló el comiso como medida de seguridad. Además de este texto normativo, solamente la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 asumió dicha posición.[36]

El Código Penal de 1932 supuso el regreso del comiso a las penas accesorias,[37] al señalar que: *"Toda pena que se impusiere por un delito, llevará consigo la pérdida de los efectos de que él proviniesen y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado o se inutilizarán si son ilícitos."*[38]

En este Código se incluyó el comiso de los efectos e instrumentos que provienen de las faltas;[39] el de las dádivas o presentes en el delito de cohecho[40] y el del dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego o rifa, en los delitos de juegos y rifas.[41] Nótese que si bien en estos textos normativos no se empleó el término *ganancias*, se contempló su comiso en lo relacionado con el cohecho.

---

[36] Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, Título I, Capítulo II, art. 5 apartado 16: "Son medidas de seguridad y rehabilitación social: Incautación en favor del Estado, del dinero, efectos e instrumentos que procedan." BOE N° 187, 6 de agosto de 1970, p. 12553. Según algunos autores esta ley, que vino a sustituir la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, tomó como punto de partida para aplicar las medidas de seguridad un presupuesto no penal, a saber, la peligrosidad social, que es mucho más amplio que la peligrosidad criminal. Se trata de un texto que al igual que la Ley de Vagos y Maleantes vulneró los límites que el Estado Derecho impone al Derecho Penal en ese ámbito. Así: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 149.

[37] Bajo la denominación Penas accesorias, se incluye la "Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito." Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1932, p. 47.

[38] Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932, artículo 48, p. 51.

[39] "Artículo 597. Caerán siempre en comiso:
1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, si las hubiere mostrado.
2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.
3° Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.
4° Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad.
5° Las medidas o pesos falsos.
6° Los enseres que sirvan para juegos o rifas.
7° Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes.
Artículo 598. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales a su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias."
Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932, arts. 597 y 598, pp. 184-185.

[40] Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932, art. 398 en relación con los arts. 390 a 397, pp. 130-131.

[41] Código Penal reformado con arreglo en las bases establecidas en la Ley de 8 de setiembre de 1932. Gaceta de Madrid, N° 310, 5 de noviembre de 1932, art. 355, p. 843.

El Código Penal de 1944 como la mayoría de sus predecesores, consideró el comiso una pena accesoria (art. 48),[42] aplicable también a las faltas (art. 602).[43] El comiso de las dádivas y presentes también se contempló en relación con el cohecho,[44] el del dinero o efectos, instrumentos y útiles destinados al juego ilícito,[45] el comiso facultativo de la imprenta en algunos delitos cometidos por medio de ella y finalmente el comiso imperativo de la imprenta cuando fuese clandestina.[46] Estas reglas se mantienen incólumes en el texto revisado de 1963 (aprobado por Decreto 691/1963, de 28 de marzo y modificado parcialmente por la Ley 3/1967 de 8 de abril); así como en el texto refundido conforme a la Ley 44/1971 de 15 de noviembre (aprobado por Decreto 3096/1973 de 14 de setiembre). En ambos, la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito sigue figurando entre las penas accesorias;[47] se proscribe el comiso cuando los bienes pertenecen a un tercero no responsable del delito y se determina el destino de los bienes basándose en su licitud comercial.[48]

---

[42] "Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los Reglamentos o, en su defecto, se inutilizarán."
Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, N° 13, 13 de enero de 1945, p. 433.

[43] "Caerán siempre en comiso:
1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, las hubiere mostrado o no.
2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o pervertidos.
3° Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.
4° Los comestibles con que se defraudare al público en cantidad o en calidad.
5° Las medidas o pesos falsos.
6° Los enseres que sirvan para juegos prohibidos.
7° Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes."
Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 472.

[44] Art. 393, Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 456.

[45] Art. 350: "El dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar en que se hallen."
Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 454.

[46] Art. 213: "En los delitos cometidos por medio de la imprenta, comprendidos en los Capítulos anteriores de este Título y en el Título primero de este Libro, el Tribunal podrá decretar el comiso de la imprenta cuando lo estime procedente y lo decretará siempre cuando fuere clandestina."
Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, p. 445.

[47] Código Penal, Texto revisado de 1963, modificado por Ley 3/1967, de 8 de abril. Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Boletín Oficial del Estado, 1970, art. 27, p. 87; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Madrid, Editorial García Enciso, 1974, art. 27, p. 18.

[48] El art. 48 de ambos textos legales señala: "Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su produc-

Asimismo se prevé la imposición de esta pena para las faltas[49] y se contempla el comiso de las ganancias en lo relacionado con el cohecho.[50] Es importante destacar que la norma usa la palabra *delitos*, sin distinguir entre dolosos e imprudentes, con lo cual habría que concluir que el comiso también debía imponerse en relación con estos últimos.[51] Finalmente, en ambos textos se contempló el comiso de los bienes destinados al juego,[52] como el de la imprenta, esto en los delitos cometidos por medio de ella que están previstos en el título I del libro II, llamado el primero *Delitos contra la seguridad exterior del Estado*, así como en algunos tipos penales previstos en el Título II y cuyo nombre es *Delitos contra la seguridad interior del Estado* (a saber, los cometidos contra el jefe del Estado, altos organismos de la Nación, forma de gobierno y leyes fundamentales -capítulo I-, así como los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes -capítulo II-).[53] Con esta norma se amplió el ámbito de aplicación del comiso, pues según la LECrim *"No se considerarán como instrumentos o efectos del delito más que los ejemplares impresos del escrito o estampa y el molde de ésta."*[54]

En el año 1983, mediante la LO 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, se produce una modificación en la materia. El comiso, que sigue regulándose en el artículo 27, es sometido expresamente al principio de proporcionalidad, lo anterior al incorporarse en el artículo 48 un segundo párrafo que

---

to a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los Reglamentos, o en su defecto, se inutilizarán."
Código Penal, Texto revisado de 1963, p. 94; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 22.

[49] En ambos cuerpos legales, el Título V, denominado "De las disposiciones comunes a las faltas", indica en su art. 602:
"Caerán siempre en comiso:
1° Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, las hubiere mostrado o no.
2° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o pervertidos.
3° Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.
4° Los comestibles con que se defraudare al público en cantidad o en calidad.
5° Las medidas o pesos falsos.
6° El dinero, efectos, instrumentos y útiles que sirvan para juegos prohibidos.
7° Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes."
Véase Código Penal. Texto revisado de 1963, pp. 363 y 364; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 177.

[50] En ambos textos legales el art. 393, contenido en el Capítulo IX, denominado "Del cohecho", prevé el decomiso de "las dádivas o presentes". Código Penal. Texto revisado de 1963, p. 246; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 112.

[51] Fue con el CP de 1995 que se eliminó el comiso en delitos imprudentes. En igual sentido, MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.,* 8° edición, pp. 621-622.

[52] "Artículo 350. El dinero, los efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego caerán en comiso, cualquiera que sea el lugar en que se hallen." Código Penal. Texto revisado de 1963, p. 231; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 103.

[53] "Artículo 213. En los delitos cometidos por medio de la imprenta, comprendidos en los capítulos anteriores de este título y en el título primero de este Libro, el Tribunal podrá decretar el comiso de la imprenta cuando lo estime procedente, y lo decretará siempre cuando fuere clandestina." Código Penal. Texto revisado de 1963, p. 164; Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 67.

[54] Artículo 822, Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, N° 280, 7 de octubre de 1882, p. 55.

rezaba: "*Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.*"[55] Se trata de una limitación importante al comiso, pues permite al órgano juzgador prescindir total o parcialmente de esta pena, cuando los bienes son de lícito comercio y su valor sea desproporcionado con la naturaleza o gravedad del hecho delictivo.[56] Hay autores que consideran que si bien en la Exposición de Motivos de la LO 8/1983 no se dedicó una sola línea al tema, es posible pensar que la reforma estuvo influenciada por la exigencia de la doctrina de acomodar el castigo a la medida del reproche que se debe hacer al responsable de la infracción, todo con el propósito de respetar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.[57]

En el año 1989, mediante la LO 3/1989, de 21 de junio, el art. 48 incorporó el término *faltas*, con lo cual el comiso por él regulado pasó a aplicarse a éstas, acabándose así con la regulación especial que existía en el art. 602.[58] En esta misma oportunidad y en relación con los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial, el vehículo a motor se pasó a considerar un instrumento en los términos previstos por el ya mencionado artículo 48,[59] convirtiéndose de forma expresa en un objeto

---

[55] LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. BOE N° 152, 27 de junio de 1983, p. 17912.

[56] En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 4° edición, aumentada, corregida y puesta al día, 1994, p. 563.

[57] Para Prats Canut y Morán Mora, además del artículo 5 de la LO 7/1982, de Contrabando (y en el cual se preveía una excepción al deber de decretar el comiso de los medios de transporte cuando fuese desproporcionado en atención al valor del medio de transporte y el importe de los géneros objeto de contrabando), el reclamo doctrinal para que el castigo fuese acorde a la culpabilidad, influyeron en la inclusión por parte del legislador del segundo párrafo del artículo 48, *"...permitiendo que el órgano jurisdiccional prescinda total o parcialmente del comiso el valor de los objetos no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción."* PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3° edición, 2004, p. 658.

[58] "El artículo 48 del Código Penal queda redactado como sigue: Toda pena que se impusiere por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y, si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los reglamentos, o, en su defecto, se inutilizarán.
Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el juez o tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente."
LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE N° 148, 22 de junio de 1989, p. 19356. De hecho, en esta misma ley se da al art. 602 un contenido completamente diverso.

[59] "La Sección Primera, del Capítulo II, del Título V, del Libro II del Código Penal, con la rúbrica "Delitos contra la seguridad del tráfico" queda redactada como sigue:
"Artículo 340 bis a).
Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:
1. El que condujera un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
2. El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.
...

susceptible de comiso. La LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia, trató de nuevo este tópico y mantuvo la consideración antes hecha.[60]

Finalmente, en el año 1988, mediante LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, se añadió un art. 344 bis con diversos apartados, de interés en este momento el identificado con la letra e), que contemplaba una figura específica de comiso aplicable a los delitos relacionados con el tráfico de drogas y que abarcaba no solo los efectos e instrumentos, sino también las ganancias.[61] Aunque ésta es la primera vez en la que el legislador con-

---

Artículo 340 bis d).
Será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2 del artículo 340 bis a).
Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.
El vehículo de motor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código."
LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, p. 19354.

[60] "El artículo 340 bis a) del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:
Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:
1º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
2º El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.
...
El artículo 340 bis d) del Código Penal quedará redactado de la siguiente forma:
Será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso o la licencia de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el número 2º del artículo 340 bis a).
Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.
El vehículo de motor o el ciclomotor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código."
LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia. BOE N° 307, 24 de diciembre de 1994, pp. 38668 a 38669.

[61] "Artículo 344 bis e) A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.
A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias."
LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE N° 74, 26 de marzo de 1988, p. 9499. Según la doctrina, la aprehensión de las ganancias, junto con

templó de manera expresa el comiso de las ganancias,[62] a riesgo de ser reiterativa debo repetir que antes lo había previsto, en concreto, al disponer el comiso de las dádivas o presentes en casos de cohecho.

El texto en cuestión sufrió reformas mediante la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas[63] y dentro de las cuales destaca la incorporación del comiso de las sustancias contempladas en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), sustancias que no son fácilmente catalogables como instrumentos, efectos o ganancias del delito, así como la imposición del comiso sobre bienes de terceros que no han sido condenados con una pena principal, o no han sido escuchados en el proceso[64] (lo

---

una multa elevada y la penalización del blanqueo fue la estrategia que siguió el legislador para reprimir las ventajas económicas de la delincuencia asociada con las drogas. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 646.

[62] En igual sentido, Manzanares Samaniego señala que con el artículo 344 bis e) del Código Penal, redactado conforme a la LO 1/1988 de 24 de marzo, *"Por primera vez se previó expresamente el comiso de las "ganancias" como algo distinto de los bienes "provenientes" del delito."* MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal.* Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 9 al 15 de junio de 1997, p. 522. Vid. también REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Consideraciones sobre la nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* Madrid, La Ley, Tomo 4, Doctrina, 1988, p. 940.

[63] "El artículo 344 bis e), tendrá la siguiente redacción:

1. A no ser que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g), los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar, asimismo, que mientras sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado."

LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE N° 308, 24 de diciembre de 1992, pp. 43861 a 43863.

[64] Al respecto, señala MANZANARES SAMANIEGO: *"Años después, con la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, la preocupación por el tráfico de drogas hizo que en ese ámbito el legislador se distanciase del concepto penal del comiso, que se mantuvo sin cambios en el artículo 48. Ahora el comiso de los instrumentos, los productos y las ganancias en relación con los artículos 344 a 344 bis b)- amén del de las sustancias del nuevo artículo 344 bis g), creado en esa misma ley- es preceptivo "a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito". Así, con tres palabras -"de buena fe"- se exige la imposición de la pena accesoria de comiso sobre cosas de terceros, es decir, personas que ni son condenadas con pena alguna principal, ni probablemente fueron oídas siquiera en la causa. Eso sí, se excluye el supuesto de que se acredite la "buena fe", pero invirtiendo la prueba, en perjuicio de quien puede ignorar la propia existencia de una petición del Fiscal en ese sentido. El legislador parece olvidar los artículos 24 y 33 de la Constitución Española. En aplicación de aquel precepto podría decomisarse incluso el automóvil robado y utilizado seguidamente por el ladrón para cometer otro delito en diferente ciudad. Toda reclamación ulterior del anterior dueño del vehículo tropezará, para empezar, con que su coche ya es propiedad del Estado…"* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 522.

que es cuestionable si se considera que el comiso para aquel entonces, era una pena y por ende, estaba sujeto al principio de personalidad de éstas). Los cambios antes descritos hacen más visible el propósito que guiaba al legislador: decomisar *todos* los bienes que están relacionados con los delitos de narcotráfico.

CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL SUPRANACIONAL SOBRE EL COMISO DE LOS ACTIVOS CRIMINALES

El incremento de los grupos organizados dedicados a la comisión de delitos y la internacionalización de sus actividades, constituye un fenómeno criminológico que por sus implicaciones se ha convertido en el centro de atención de la política criminal. A nivel supranacional existe un particular interés por llegar a acuerdos en tópicos elementales, de manera que la cooperación judicial entre los Estados para la persecución de esos grupos sea más ágil y eficaz. Uno de esos temas es el comiso, pues la captación del patrimonio ilícito es el punto de partida para acabar con la delincuencia, en particular aquella que cuenta con una estructura y vocación de permanencia y cuyo objetivo primario es la obtención de beneficios económicos.[1]

El diseño de una política criminal centrada en la recuperación de los bienes relacionados con la comisión de infracciones penales está influenciada por el modelo norteamericano, en el cual el comiso deja de ser solo un medio (p. ej., para conservar pruebas) y se convierte en una sanción independiente.[2] Tal influencia no es directa, pues se produce a través de la inclusión de ciertas previsiones de ese mode-

[1] *"Las tendencias que dominan en la actualidad en lo que se refiere a la lucha contra ciertos tipos de criminalidad, como el tráfico de drogas, la criminalidad organizada, el fraude y la corrupción, justifican no sólo un número importante de numerosos medios, sino también de nuevas sanciones. Uno de los medios más contundentes es el arsenal creciente de posibilidades procesales (penales) en el ámbito de la investigación centrada en el botín, el embargo y la confiscación del patrimonio criminal. La época en que la confiscación jugaba un papel importante sólo en la legislación aduanera ha sufrido una revolución… El acento se desplaza de la confiscación de objetos con el fin de conservar las pruebas, hacia las sanciones de confiscación dirigidas a obtener la propiedad de los bienes."* VERVAELE, John. "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". Traducción de BLANCO CORDERO, Isidoro. En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 14, semana del 5 al 11 de abril de 1999, p. 292. Sobre el tema, apunta Choclán Montalvo: *"...la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada, y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, que contemporáneamente son expresión de manera frecuente del crimen organizado. Por tanto, puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal. Ello constituye preocupación fundamental en la política legislativa de la Unión Europea, y en el contexto internacional."* CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000, p. 332. En igual sentido, véase BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal.* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002, pp.79-80 y VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. "El comiso ampliado. Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (Dir.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Coord.). *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón).* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009, p. 1990.

[2] Así lo indica VERVAELE, "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". En: *AP, op. cit.,* p. 292. Según este autor, en el modelo norteamericano se puede hacer un paralelismo entre la confiscación y otras formas de sanción, tales como las multas administrativas (*civil penalties*), que son impuestas por un juez civil, o en Europa y cada vez más en Estados Unidos, por la propia administración. No obstante, como señala Gascón Inchausti, el decomiso de bienes que no tienen relación directa con la infracción (entiéndase, el comiso por valor equivalente, el decomiso en caso de transformación y mezcla y el decomiso de bienes en poder de terceros), es original de ordenamientos como el alemán o el suizo. Posteriormente, al ser incorporado a textos supranacionales, se terminó por extender a los ordenamientos de los demás Estados. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, p. 65.

lo en las normas supranacionales, que luego los Estados acogen en sus ordenamientos. Así sucede v.g., con la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y el Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 1990).

A continuación examinaré los instrumentos supranacionales que abordan el tema del comiso. El estudio se centrará en los elementos materiales o sustantivos de la institución, pues son estos y no los procedimentales los de interés para la presente investigación. Finalmente, analizaré la trasposición que el legislador español ha hecho de esos textos al ordenamiento jurídico nacional.

I. Normativa de las Naciones Unidas.

Las Convenciones de Naciones Unidas son instrumentos de carácter general que en lo que al decomiso respecta, contienen normas pragmáticas vinculadas con la identificación de los bienes que constituyen el patrimonio criminal, su ubicación e inmovilización a través de medidas cautelares, la decisión de decomisarlos y claro está, su restitución. Para comprender estos instrumentos, también hay que tener presente que los bienes a decomisar pueden estar fuera de la frontera del Estado donde se tramita en proceso penal. Por eso se da un papel prioritario a la figura del decomiso transfronterizo, a la cooperación y a la asistencia recíproca en esas áreas.

A. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988).

Esta Convención puso de relieve la necesidad de disponer el comiso de las ganancias relacionadas con el tráfico de drogas, sobre todo aquel tráfico que se desarrolla a escala internacional, pues al ser enorme la cantidad de personas que consumen esa clase de sustancias, dicho delito se ha convertido en uno de los más rentables en los que participa el crimen organizado.[3]

El art. 1 apartado f) de la Convención define el decomiso como *"…la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal u otra autoridad*

[3] En ese sentido, véase HUBER, Bárbara. "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *Actualidad Penal. Publicación técnico-jurídica de Derecho penal.* Madrid, Actualidad Editorial S.A., 1990, p. 167.

competente",[4] redacción que se puede adelantar, es idéntica a la que emplea el art. 2 apartado g) de la Convención de NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2008), y el art. 2 apartado g) de la Convención de NU contra la Corrupción (Mérida, 2003). Ninguna de las tres Convenciones indica si el comiso es una medida o una sanción, como sí sucede con otros instrumentos. Esto es comprensible ya que las normas de NU tienen carácter general y se deben aplicar en muchos Estados, cuyos ordenamientos jurídicos, no siempre concuerdan en cuanto a la naturaleza jurídica del instituto.

Aunque las tres Convenciones prevén que autoridades estatales diversas a las jurisdiccionales ordenen el comiso (nótese que se usa la expresión *tribunal u otra autoridad competente*), lo cierto es que a lo largo de sus textos se hace referencia a una serie de infracciones constitutivas de delito, con lo que se da un papel preponderante a las autoridades jurisdiccionales y en particular a las que actúan en el ámbito penal.

Esta Convención en su art. 1 apartado o), brinda un concepto de producto: *"…los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3".* Es una definición bastante amplia, que abarca tanto los bienes que son directamente producidos, manipulados o transformados desde la propia conducta criminal, como todos los beneficios que se obtienen o derivan de ésta, de manera directa o indirecta (p. ej., las ganancias obtenidas con la explotación de las ganancias directamente vinculadas con la infracción). Asimismo, en su inciso p) da contenido al vocablo bienes, indicando que son *"…los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos."* Se trata de conceptos idénticos a los contenidos en las Convenciones de Palermo (art. 2, apartados d -sobre los bienes- y e -sobre los productos-) y Mérida (art. 2, apartados d y e, en el mismo orden que la Convención de Palermo).

El comiso entonces, se define como la privación definitiva de un bien, concepto éste que a su vez abarca cualquier activo (v.g., puede ser corporal o incorporal, tangible o intangible), sobre el cual pesa un derecho de propiedad u otro derecho. Al hablar de *privación definitiva* se alude a un cambio de titular de un determinado derecho que pesa sobre el bien que ha sido catalogado como producto de la infracción. Se trata en síntesis, de un cambio en la relación jurídica que se entabla con respecto a dicho bien y en el cual, el titular pasa a ser el Estado, en perjuicio de su titular anterior.

El art. 5 de la Convención enuncia los bienes sobre los cuales debe recaer el decomiso. En concreto, se prevé la obligación de los Estados de adoptar las medidas para que se autorice en relación con el producto de determinadas infracciones (apartado 1.a); los instrumentos empleados en su comisión o destinados para ello y

[4] Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 270, 10 de noviembre de 1990, páginas 33062 a 33074.

los estupefacientes y sustancias psicotrópicas (apartado 1.b). Recordemos que la Convención no se interesa por el comiso en general, si no por el comiso de bienes relacionados con el tráfico de drogas y algunas conductas asociadas a éste (y que van p. ej., desde el cultivo de plantas de cannabis o el blanqueo de capitales procedentes de esa clase de actividades, hasta la instigación para cometer esos delitos).[5]

Aunque no será objeto de estudio, cabe mencionar que la Convención prevé un régimen de naturaleza cautelar (en concreto, en el apartado 2 del mismo artículo, donde se hace alusión v.g., a la necesidad de que los Estados adopten las medidas necesarias para permitir la identificación, la detección y el embargo preventivo, o la incautación de los bienes que eventualmente serán sometidos a decomiso); así como todo un régimen procesal con miras a que la cooperación entre los Estados en esta materia sea efectiva.

Este instrumento también prevé el comiso de bienes cuyo valor sea equivalente al producto de los delitos que contempla (art. 5.1.a),[6] no así el de bienes con valor equivalente al de los instrumentos. De igual forma, contempla el comiso de los bienes en los que el producto se haya convertido o transformado (art. 5.6.a).[7]

La Convención regula el comiso del producto que se ha mezclado con otros bienes adquiridos por medios lícitos (art. 5.6.b). Según la norma se podrán decomisar hasta su valor estimado.[8] Todas las medidas citadas también se aplicarán a cualquier ingreso o beneficio derivado del producto; de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, en la misma medida de éste (art. 5.6.c).[9]

En su art. 5.7, la Convención contiene uno de los extremos más controversiales. Me refiero a la invitación que se hace los Estados Parte para que consideren invertir la carga de la prueba con respecto al origen lícito de los bienes sujetos a comiso.[10] No obstante, la norma añade que solo será posible en la medida en que el De-

[5] El apartado 1 del art. 5 remite al párrafo primero del art. 3 de la Convención, que en lo que interesa, enuncia las conductas que los Estados Partes deben tipificar como delitos en su derecho interno.
[6] "Artículo 5
Decomiso
1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;…"
[7] "6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo."
[8] "6. b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado."
[9] "6. c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:
i) Del producto;
ii) de los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
iii) de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que al producto…"
[10] "7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos."

recho interno lo admita. El mismo art. 5.9 confirma lo anterior, al señalar que todas las medidas contenidas en el art. 5 deberán ser definidas y aplicadas de conformidad con la legislación de cada país.[11] La pregunta que deberá responderse es, si una medida como ésta, es conciliable con los principios y garantías que sustentan el ordenamiento jurídico español.

Finalmente, el art. 5.8 contiene una salvaguarda para los derechos de terceros de buena fe, señalando que lo dispuesto a lo largo de este numeral no puede interpretarse en su perjuicio.[12] Prácticamente todas los instrumentos supranacionales posteriores a éste recogen dicha salvaguarda.

En resumen, la Convención regula el decomiso de algunos bienes relacionados con ciertas conductas (que se solicita a los Estados tipificar como delitos), así como la cooperación y asistencia judicial recíproca que se deben prestar las Partes para alcanzar este propósito.[13] Contiene normas que abarcan las actividades procesales que a juicio de la doctrina[14] se relacionan con el decomiso en su dimensión transfronteriza. Hablamos de la investigación (identificación y localización de los bienes, cuando están en un Estado diverso a aquel en que se tramita el proceso penal); el aseguramiento de esos bienes a través de medidas cautelares; la adopción del decomiso y sus efectos (la privación de la titularidad) y por último, la enunciación del destino que se debe dar a esos bienes, a saber, el que señale el derecho interno y los procedimientos administrativos de cada Estado. Con relación al destino de los bienes, cabe agregar que si se actúa a petición de otro Estado, el requerido puede valorar la posibilidad de suscribir acuerdos para entregar todo o parte de lo decomisado a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, o para repartírselo con otros Estados Partes (art. 5.5).

[11] "9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes y con arreglo a lo dispuesto en él."
[12] "8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe."
[13] El tema de la asistencia judicial recíproca se contempla en el art. 7. Se busca que los Estados se brinden asistencia en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a ciertos delitos, en concreto, los tipificados en el art. 3 párrafo 1. De tal suerte, la colaboración no se circunscribe al tema del comiso.
[14] Sobre este tema, véase GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 35; GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* p. 4.

B. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000).[15]

El propósito primario de la Convención es promover la cooperación para prevenir y luchar con mayor eficacia contra la delincuencia organizada que opera en el ámbito internacional. En relación con el comiso es muy similar a la de Viena. Le da el mismo contenido a los vocablos comiso, bienes y productos del delito,[16] aunque tratándose del producto no remite a determinadas infracciones.

El art. 12 está dedicado al tema del decomiso.[17] Según esa norma, las Partes deben adoptar las medidas que sean necesarias para autorizar su imposición sobre

[15] Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 233, 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297.

[16] "Artículo 2. Definiciones…
d. Por bienes se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;
e. Por producto del delito se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;…
g. Por *decomiso* se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente."

[17] "Artículo 12
Decomiso e incautación
1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.
2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.
3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.
6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.
7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.
8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

el producto de los delitos mencionados en la Convención,[18] o de bienes cuyo valor corresponda a ese producto (comiso por valor equivalente); el de los instrumentos empleados en la comisión o destinados para cometer esos delitos (art. 12, apartado 1, a y b); el de los objetos en que se hayan transformado o convertido parcial o totalmente el producto del delito (art. 12.3); el del producto del delito que se haya mezclado con bienes de origen lícito, hasta por su valor estimado (art. 12.4) y el de los ingresos o beneficios derivados del producto del delito, de los bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito, o de los bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito, en la misma manera y grado que el producto del delito (art. 12.5). Se trata de las mismas directrices contenidas en la Convención de Viena de 1988.

La Convención de Palermo contempla la inversión de la carga de la prueba en el art. 12.7. Sin usar expresamente las palabras *inversión de la carga de la prueba*,[19] abre la puerta para que los Estados consideren la opción de exigir al delincuente demostrar el origen lícito de sus bienes, en la medida en que el ordenamiento jurídico interno lo permita. Como sucede con la Convención de Viena, prevé la necesaria protección de los derechos del tercero de buena fe (art. 12.8) y la garantía de que las disposiciones contenidas en ese numeral se aplicarán de conformidad con el Derecho interno de los Estados Parte (art. 12.9).

En relación con el destino que se debe dar a los bienes decomisados, esta Convención coincide con la de Viena al señalar que será determinado por el derecho interno y los procedimientos administrativos de cada Estado. No obstante, tratándose de bienes decomisados a raíz de la solicitud de otro Estado Parte, se busca que el requerido dé consideración prioritaria a la devolución del producto del delito, o de los bienes decomisados al requirente, a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito, o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos. Igualmente, se admite la celebración de acuerdos entre el Estado que formula la solicitud y el Estado requerido, para que los fondos total o parcialmente, se depositen en una cuenta destinada a satisfacer en los países en desarrollo o con economías de transición, las necesidades relacionadas con la aplicación de la Convención; se entreguen a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada; o simplemente se repartan entre ellos (art. 14).

---

9. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste."

[18] Participación en un grupo delictivo organizado (art. 5); corrupción (art. 8); obstrucción de la justicia (art. 23); el blanqueo del producto del delito (art. 6) y los delitos graves (sancionados con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave), cuando sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (arts. 2.b y 3.1.b).

[19] Para Andrés Palomo del Arco, este instrumento tiene una mejor redacción que el de Viena pues evita aludir a la inversión de la carga de prueba que tan mal ha sido entendida. PALOMO DEL ARCO, Andrés. "Asistencia internacional en la delincuencia económica." En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Estudios de derecho judicial. (Ejemplar dedicado a: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 61, 2004, p. 120.

Este instrumento internacional ofrece toda una regulación sobre la cooperación internacional para fines de decomiso (art. 13) y la asistencia judicial recíproca de los Estados (que no versa únicamente sobre el decomiso, véase el art. 18). En lo que aquí interesa, lo que se busca es la cooperación de los Estados en todas las etapas vinculadas con el comiso de bienes, desde su ubicación y aseguramiento, hasta la decisión sobre su destino final.

Finalmente, este instrumento definió el grupo delictivo organizado como *"un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"* (art. 2. a). Como se desprende de esta norma, no cualquier asociación de personas para delinquir se puede considerar una organización criminal. En ésta, el elemento básico es el *grupo estructurado*, entendido como *"un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada."* (Art. 2.c). Además se añaden otros requisitos, a saber, que el grupo estructurado esté integrado por tres o más personas; que sea estable en términos temporales y actúe concertadamente. Finalmente, el grupo debe tener el propósito de cometer uno o más delitos graves (a saber, conductas que constituyan un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave[20]), o delitos tipificados en la Convención y debe buscar obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

C. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003).[21]

Ésta tiene por objetivo primario fortalecer las medidas para prevenir y combatir con mayor eficiencia y eficacia el fenómeno criminológico de la corrupción y la transferencia ilícita de capitales. Conocedores de que las arcas de los Estados son prácticamente saqueadas por los políticos corruptos que muchas veces les dirigen,[22]

[20] "Por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave…" Art. 2, apartado b.
[21] Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 171, 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153.
[22] Hablamos de un problema muy frecuente. P. ej., el 4 de marzo de 2012 en *El País* se cuenta la historia de Teodoro Obiang Nguema Mangue, hijo y probable sucesor del dictador de Guinea Ecuatorial Teodoro Obiang Nguema Mbasogo. Obiang Nguema Mangue, a pesar de ser Ministro de Agricultura y Bosques de un país donde el 70% de los guineanos vive con un dólar al día; la mayoría de su población no cuenta con servicios básicos como agua o electricidad y la esperanza de vida se acerca a los 50 años, acumula una fortuna aproximada a los 700 millones de euros. Señala la nota periodística que el 23 de febrero, agentes de la Oficina Central para la Represión de la Delincuencia Financiera francesa se llevaron de la casa que Obiang Nguema Mangue tiene en París, bienes por un valor que supera los 40 millones de euros. La medida fue ordenada por los dos jueces que investigan desde 2010 la denuncia que interpusieron en 2008 las ONG anticorrupción Sherpa y Transparency Internacional contra tres jefes de Estado africanos por adquirir bienes obtenidos

se busca entre otros propósitos, promover la cooperación internacional y la asistencia judicial en materia de recuperación de activos, para que se garantice su devolución a los países de origen.[23]

La Convención define los vocablos *bienes*, *producto del delito* y *decomiso* en los mismos términos que las antes examinadas.[24] Usa también las mismas fórmulas para prever el comiso del producto de los delitos o de otros bienes por su valor equivalente (art. 31.1.a); el decomiso de los instrumentos (art. 31.1.b); el del producto que haya sido transformado o convertido (31.4), o mezclado con otros bienes de origen lícito (art. 31.5) y el de los beneficios derivados de ese producto (art. 31.6). Con términos análogos regula el tema de la inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes (art. 31.8), la situación de los terceros de buena fe (art. 31.9)

---

mediante el robo y la corrupción: el ecuatoguineano Obiang, el líder gabonés Omar Bongo (ya fallecido), y el congolés Denis Sassou-Nguesso. Mora, MIGUEL; IRUJO, José María. "El niño mimado saquea Guinea." En: *Diario El País*, 4 de marzo de 2012. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/03/04/actualidad/1330833751_310526.html

[23] La importancia de la recuperación de los activos ha sido examinada por autores como Blanco Cordero, que en lo que interesa apunta: *"Las organizaciones internacionales están poniendo el acento en la necesidad de recuperar los activos y bienes procedentes de los delitos de corrupción. Efectivamente, las Naciones Unidas y otras organizaciones recomiendan a los Estados que adopten medidas para recuperar los activos que obtienen los corruptos. Esto tiene su lógica, pues se ha demostrado que dirigentes de Estados expolian sin escrúpulos la riqueza de estos. Por dar algunas cifras, según la Declaración de Nyanga sobre la recuperación y repatriación de la riqueza de África de 2001 (Declaration on the Recovery and Repatriation of Africa's Wealth), se estima que durante décadas en los países más pobres del mundo, la mayoría de ellos en África, entre 20 mil y 40 mil millones de dólares han sido corruptamente objeto de apropiación por políticos, militares, hombres de negocios y otros dirigentes, y enviados al extranjero. No cabe duda de la necesidad de que los Estados de origen puedan recuperar estos bienes, que descansan muchas veces en cuentas de paraísos fiscales, de ahí que el fin esencial de algunas iniciativas internacionales sea conseguir la repatriación de tales activos a sus legítimos titulares. Sin embargo, la recuperación de activos no debe centrarse exclusivamente en la repatriación de los bienes derivados de la corrupción. Se ha de ampliar a los procedentes de cualquier delito, sobre todo a aquellos que generan importantes ganancias, normalmente cometidos por organizaciones criminales. Esta recuperación de los bienes procedentes de delitos sólo puede hacerse de acuerdo con los instrumentos contenidos en la legislación penal, y más en concreto con la sanción de comiso de los bienes. Una adecuada puesta en práctica de la misma precisa que los encargados de aplicarla -jueces y fiscales- dispongan de los medios para identificar tales bienes y establecer su conexión con delitos que los han originado."* BLANCO CORDERO, Isidoro. "La aplicación del comiso y la necesidad de crear mecanismos de recuperación de activos." En: *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (ReAIDP/ e-RIAPL), 2007, A-01, p. 2. Disponible en: http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=51&id_article=55. Valora positivamente la inclusión de este principio general de restitución a sus legítimos propietarios y a los Estados afectados de los bienes y activos derivados de la corrupción, ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.). *Corrupción y delincuencia económica.* Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 404.

[24] "Artículo 2. Definiciones…

d) Por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por «producto del delito» se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;…

g) Por «decomiso» se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;

h) Por «delito determinante» se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención…"

y por último, la supremacía del ordenamiento interno frente a estas disposiciones (art. 31.10).[25] Es una Convención que también se interesa por todas las facetas vinculadas con el decomiso trasnacional, a saber, la investigación (identificación de los bienes susceptibles de decomiso y su localización), su aseguramiento a través de medidas cautelares (p. ej., el embargo preventivo), la adopción del decomiso a través de una resolución y el destino que los Estados deben dar a los bienes sometidos a esta figura jurídica.

Ahora, en tanto que la Convención de Viena prevé el comiso de bienes relacionados con el tráfico de drogas y la de Palermo el de bienes vinculados con la criminalidad organizada, en ésta el decomiso se contempla para las infracciones que se categorizan como corrupción, v.g., la obstrucción de la justicia (art. 25); la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17); el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16); el soborno de funcionarios nacionales (art. 15); así como el blanqueo del producto de estos y otros delitos que se consideren determinantes (art. 23).

---

[25] "Artículo 31. Embargo preventivo, incautación y decomiso.
1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:
a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;
b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.
3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.
4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.
5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.
6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.
7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.
8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen licito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.
9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.
10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a éste."

Como señalé antes, la recuperación de activos es uno de los puntos básicos de este instrumento internacional.[26] Se prevé en el art. 52 un elenco de medidas para prevenir y detectar en el ámbito financiero las trasferencias de productos del delito, que en lo medular implica un escrutinio minucioso de las cuentas de los clientes. De igual forma, se busca frenar las operaciones de los bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación; así como que los Estados compartan con otros la información financiera de importancia para investigar, reclamar o recuperar los activos que son productos de un delito y controlar las actividades financieras de los funcionarios públicos.

Sobre la recuperación directa de activos por parte del Estado perjudicado, se pretende que los Estados reconozcan a otros su derecho a interponer una acción civil para determinar la titularidad o propiedad de los bienes adquiridos mediante la comisión de los delitos previstos en la Convención; que se faculte a los tribunales a ordenar a quienes los han cometido, a resarcir o indemnizar en daños y perjuicios al Estado que resulte perjudicado y que se permita a los tribunales u otras autoridades competentes, a reconocer en relación con el comiso, el derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes que se han adquirido mediante la comisión de un delito de los ya mencionados (art. 53). También se articulan mecanismos de recuperación de activos a través de la cooperación internacional para el decomiso,[27] así como medidas para la restitución y disposición de los activos.

En estas normas destaca el art. 54.1.c, que en lo que interesa, señala que cada Estado, de conformidad con su derecho interno, considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir un decomiso sin condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. Se trata de un comiso autónomo, que como se dirá en su momento, es recomendable siempre y cuando se regule adecuadamente y se garantice su carácter excepcional.

En lo relacionado con la restitución y disposición de lo decomisado, el art. 57 contempla tres clases de bienes (a saber, los fondos públicos, el producto de los demás delitos contemplados en la Convención y los bienes decomisados en cualquier otro caso). De esa clasificación dependerá quién sea el beneficiado con la restitución. En concreto, cuando se trate de fondos públicos que han sido objeto de malversación, peculado o blanqueo, el Estado requerido los devolverá al Estado Parte requirente, pues éste es su titular. Cuando se trate del producto de cualquier otro delito previsto en la Convención (y en ese tanto, producto de la corrupción), los bienes decomisados serán devueltos al Estado requirente si éste demuestra su

[26] Véase al respecto el art. 51. Sobre el tema de la recuperación de activos, léase PALOMO DEL ARCO, *op. cit.,* p. 124; BLANCO CORDERO, Isidoro. "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010, pp. 370 y ss.; ROJAS AMANDI, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción.* México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 177. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2770/8.pdf.

[27] Artículos 54 a 56, 58 y 59.

propiedad anterior sobre ellos, o si ha sufrido daños que deberán ser reconocidos por el Estado requerido. Finalmente, los bienes decomisados en cualquier otro caso deberán restituirse prioritariamente al Estado requirente, a sus propietarios legítimos anteriores, o se dedicarán a la indemnización de las víctimas del delito. Es importante señalar que el art. 57.2 prevé que el Estado requerido debe tener en cuenta la situación de los terceros de buena fe al resolver, con lo cual podría verse limitada la restitución de los bienes al Estado requirente en ciertos casos.

La Convención en suma, es una herramienta que además de articular medidas dirigidas a la prevención y la penalización de la corrupción, como señala la doctrina plantea un mecanismo viable para devolver los activos a su propietario legítimo, o al menos al país del cual proceden.[28]

II. Normativa del Consejo de Europa.

De previo a analizar la normativa en relación con el comiso, es importante acotar que los Convenios del Consejo de Europa no se aplican automáticamente a todos los Estados miembros, sino solo a aquellos que los hayan ratificado y una vez que hayan entrado en vigor.

A. Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990).[29]

El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito es el punto de partida en esta materia, pues incorporó buena parte de las ideas existentes en torno a la cooperación internacional y el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Se trata de un instrumento con contenidos más concretos, lo que es comprensible si se considera que su aplicación es regional y que existe más homogeneidad en los ámbitos político y jurídico de los Estados miembros.[30]

[28] ARGADOÑA, Antonio. "La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales." *Documento de Investigación*. España, IESE Business School-Universidad de Navarra, N° 656, octubre 2006, p. 12.
[29] Instrumento de ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Publicado en el BOE N° 252, 21 de octubre de 1998, pp. 34713 a 34726.
[30] En igual sentido se expresa GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 38.

El art. 1 del capítulo I es de particular interés, pues nos da una definición de los vocablos productos, bienes, instrumentos y confiscación.[31] El producto se entiende como todo beneficio económico derivado de un delito y puede consistir en cualquier bien. El bien a su vez puede ser de cualquier naturaleza, corporal o incorporal, mueble o inmueble, así como los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre él. Nótese cómo el *producto* se convierte en sinónimo de *ganancia*. Para que un bien sea considerado producto, no solo se debe derivar de la infracción penal, sino que también debe suponer un beneficio económico. Del mismo modo, se comprenden únicamente las ganancias *derivadas* de la infracción, entiéndase las directas y no las secundarias (estas últimas son p. ej., las obtenidas con la explotación de las ganancias directas). A esta conclusión se arriba tras considerar que la norma usa el verbo *derivar*, proveniente del latín *derivāre*, que para la RAE, dicho de una cosa, significa traer su origen de otra.[32]

Los instrumentos por su parte, son cualquier bien utilizado o destinado a ser utilizado, en cualquier forma, total o parcialmente, para cometer uno o varios delitos. Finalmente, la confiscación (el Convenio usa este término), es toda *medida o sanción* ordenada por un tribunal a raíz de un procedimiento en relación con un delito o delitos que tenga como consecuencia la privación definitiva de los bienes. Como se ve, con la inclusión de ambos vocablos el Consejo de Europa evita pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la figura.

En el art. 2 el Convenio prevé la obligación de los Estados de confiscar los ya conceptualizados instrumentos y productos, o bienes por el valor de esos productos (es decir, el comiso por valor equivalente). No obstante, también se contempla la facultad de cada Estado para señalar en cuáles delitos o categorías de delitos se aplicará dicha respuesta,[33] abriendo así un espacio para las reservas, lo que a su vez impide la armonización de las legislaciones internas. De forma similar, el art. 6 autoriza a los Estados a hacer reservas en materia de blanqueo de capitales, con lo cual

[31] "Artículo 1. Términos utilizados.
A los efectos del presente Convenio:
a) Por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo;
b) por «bienes» se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes;
c) por «instrumentos» se entenderá los bienes utilizados o que se pretenda utilizar en cualquier forma, en todo o en parte, para cometer uno o más delitos;
d) por «confiscación» se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien;
e) por «delito principal» se entenderá todo delito penal que genere un producto que, a su vez, pueda ser el objeto de un delito en la forma establecida en el artículo 6 del presente Convenio."
[32] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española.* 22° edición. Disponible en: Disponible en http://rae.es/rae.html.
[33] "Artículo 2. Medidas de confiscación.
1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos.
2. Cada parte podrá, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa manifestar que el párrafo 1 del presente artículo sólo será de aplicación a los delitos o categorías de delitos especificados en dicha declaración."

solo se tipifica el blanqueo de bienes relacionados con los delitos o categorías de delitos por ellos indicados.[34]

Al igual que buena parte de la normativa de NU, este Convenio contiene una regulación procesal exhaustiva sobre las condiciones en las que se debe prestar la cooperación internacional en lo relacionado con las indagaciones y procedimientos cuyo objeto es la confiscación.[35] Se regula el tema de la identificación y localización de los bienes que pueden ser sometidos a confiscación;[36] su aseguramiento a través de medidas provisionales[37] y la ejecución del comiso a través de la orden respectiva, sea porque el Estado ejecute la orden dictada por el tribunal del Estado solicitante, o la emitida por sus propias autoridades competentes.[38] Finalmente, el Convenio se refiere al destino de los bienes confiscados, al indicar que será el que señale la legislación nacional del Estado requerido, salvo que se acuerde por las Partes algo diverso.[39]

[34] "Artículo 6. Delitos de blanqueo.
1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:
a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
b) la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos;
y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico;
c) la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;
d) la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlo, y el auxilio, la complicidad, la ayuda y los consejos para que se cometa cualquiera de dichos delitos.
…
4. En el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte podrá dirigir al Secretario general del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que el párrafo 1 del presente artículo sólo será de aplicación a los delitos principales o categorías de dichos delitos especificados en dicha declaración."
[35] Véase el art. 7.
[36] Arts. 3 y 4.
[37] Arts. 11 y 12.
[38] Arts. 13 y 14.
[39] Art. 15.

B. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 2005).[40]

En términos generales sustituye el Convenio de Estrasburgo de 1990, pues hace suyo su contenido y lo completa, v.g., aplicando sus disposiciones a lo relacionado con la financiación del terrorismo (art. 2).[41]

En su art. 1 apartado d) define el comiso como *"una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien"*. Al igual que sucede con el anterior Convenio, usa las palabras sanción o medida, con lo cual se abarcan las no siempre coincidentes posturas que existen en los ordenamientos jurídicos de los países miembros del Consejo de Europa y demás signatarios del Convenio. En lo relacionado con los vocablos productos, bienes e instrumentos, sigue la misma línea que el Convenio de Estrasburgo aunque con algunas leves variaciones, p. ej., define el producto como el provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente

[40] Instrumento de ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Publicado en el BOE N° 155, 26 de junio de 2010, pp. 56174 a 56215.

[41] No obstante la semejanza, hay que aclarar que en él se salvan los problemas que originó el artículo 6 del Convenio de 1990 al admitir que los Estados hiciesen reservas. En concreto, el art. 9 del Convenio de 2005 señala:

"Delitos de blanqueo.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, cuando se cometan intencionadamente:

a. la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
b. la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento, los derechos relativos a los bienes o la propiedad de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes son productos;

y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

c. la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;
d. la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlos y el auxilio, la complicidad, la ayuda y el asesoramiento para su comisión.

...

4. Siempre que el apartado 1 del presente artículo se aplique a las categorías de delitos principales previstos en el anexo del Convenio, en el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado miembro o la Comunidad Europea podrá dirigir al Secretario General del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que el apartado 1 del presente artículo será de aplicación:

a. únicamente en la medida en que el delito principal sea punible con una pena de privación de libertad o medida de seguridad con una duración máxima de más de un año o, para las Partes cuyo ordenamiento jurídico prevea un umbral mínimo para los delitos, en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad con una duración mínima de más de seis meses; y/o
b. únicamente a una relación de delitos principales especificados; y/o
c. a una categoría de delitos graves según el derecho interno de esa Parte."

de un delito,[42] lo que desde mi óptica es una expresión de mayor alcance, pues comprende también las ganancias indirectas o secundarias.

Según el artículo 3.1, cada Estado debe adoptar las medidas para decomisar los instrumentos, bienes blanqueados, productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos. De esta manera se prevé el comiso por valor equivalente a los productos de la infracción, no así al valor de los instrumentos. Siempre en este orden de ideas, creo que mencionar los *bienes blanqueados* no era necesario, ya que según las propias definiciones que ofrece el Convenio, estos constituyen un producto del delito.

En plena sintonía con la inclusión de las ganancias indirectas en el concepto de *producto*, el art. 5 amplía el elenco de bienes susceptibles de comiso, al incluir los bienes en los que se ha transformado o convertido el producto; los adquiridos legítimamente si el producto se ha mezclado en todo o en parte con ellos, hasta por el valor estimado del producto; las rentas u otros beneficios derivados del producto, de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto, o de los bienes con los que se haya mezclado hasta por su valor estimado.[43] Nótese que el apartado c) no separa, v.g., a través de un signo de puntuación como la coma, los beneficios derivados del producto y los procedentes de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto. No obstante la comparación de este instrumento supranacional con otros (p. ej., las Convenciones de NU de Viena, Palermo y Mérida) permite concluir que hablamos de supuestos diversos.

Tratándose del blanqueo de capitales y las categorías de delitos previstas en el Anexo del Convenio, se autoriza a los Estados a limitar la aplicación del comiso. En concreto, pueden manifestar que esta medida únicamente procederá cuando el

[42] "Artículo 1. Utilización de los términos.

A los efectos del presente Convenio:

a) por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición de la letra b) del presente artículo;

b) por «bienes» se entenderá los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos jurídicos que demuestren algún título o participación en esos bienes;

c) por «instrumentos» se entenderá los bienes utilizados o que se pretenda utilizar en cualquier forma, en todo o en parte, para cometer uno o más delitos;

d) por «comiso» se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien;

e) por «delito principal» se entenderá todo delito que genere un producto que pueda, a su vez, ser objeto de un delito según lo expresado en el artículo 9 del presente Convenio…"

[43] "Artículo 5. Congelación, embargo y comiso.

Cada Parte deberá adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para garantizar que las medidas encaminadas a la congelación, el embargo y el comiso incluyan asimismo:

a) los bienes en los que se ha transformado o convertido el producto;

b) los bienes adquiridos legítimamente, si el producto se ha mezclado en todo o en parte con dichos bienes, hasta el valor estimado del producto mezclado;

c) las rentas u otros beneficios derivados del producto de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto del delito o de los bienes con los que se haya mezclado el producto del delito, hasta el valor estimado del producto mezclado, de la misma manera y en la misma medida que el producto."

blanqueo o el delito en cuestión tenga una pena de privación de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año, y/o que solo se aplicará a ciertos delitos.[44] Asimismo, las Partes pueden introducir el comiso con carácter obligatorio en ciertos delitos, entre los cuales pueden incluir el blanqueo, el tráfico de estupefacientes, la trata de seres humanos y otros delitos graves.[45]

El art. 3.4 consagra el deber de los Estados de adoptar medidas para exigir en el caso de los delitos graves, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto, o en general de otros bienes que puedan ser objeto de comiso. Es una clara inversión en la carga de la prueba que Blanco Cordero vincula con el comiso ampliado[46] y que se impone a los signatarios de forma expresa, salvo que sea incompatible con los principios de su derecho interno.[47]

---

[44] "Artículo 3.
2. Siempre que el apartado 1 del presente artículo se aplique al blanqueo de dinero y a las categorías de delitos especificados en el anexo del Convenio, cada Parte podrá, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, manifestar que el apartado 1 del presente artículo se aplicará:
a) Únicamente en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad de una duración máxima superior a un año. No obstante, cada Parte podrá realizar una declaración en relación con esta disposición respecto del comiso del producto de los delitos fiscales, con el único objetivo de que le esté permitido decomisar dicho producto, ya sea a escala nacional o en el marco de la cooperación internacional, en virtud de la legislación nacional e internacional en materia de cobro de deudas fiscales; y/o
b) únicamente a una relación de delitos especificados."
"Anexo
a) la participación en un grupo delictivo organizado;
b) el terrorismo, incluida la financiación del terrorismo;
c) la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes;
d) la explotación sexual, incluida la de los menores;
e) el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas;
f) el tráfico ilícito de armas;
g) el tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes;
h) la corrupción y el soborno;
i) el fraude y la estafa;
j) la falsificación de moneda;
k) la falsificación y la piratería de productos;
l) los delitos medioambientales;
m) el asesinato y las lesiones graves;
n) el secuestro, la detención ilegal y la toma de rehenes;
o) el robo o hurto;
p) el contrabando;
q) la extorsión;
r) la falsificación;
s) la piratería y
t) el uso indebido de información privilegiada y la manipulación de los mercados bursátiles."

[45] Art. 3.3.

[46] *"...se alude aquí al comiso ampliado, en el que el Estado puede exigir al autor que pruebe el origen de los bienes que se presume proceden de un delito."* BLANCO CORDERO, Isidoro. "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, Luz María (Dir.); ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal.* Granada, Comares, 2008, p. 71.

[47] "Artículo 3...

Al igual que el de 1990, este Convenio contiene una regulación procesal exhaustiva sobre las condiciones en las que debe prestarse la cooperación internacional en lo relacionado con las investigaciones y procedimientos dirigidos a la confiscación de ciertos bienes.[48]

III. Normativa de la Unión Europea.

Los Estados miembros de la Unión Europea han dado un paso importante al suscribir instrumentos normativos con mayor valor vinculante. Después del Tratado de Ámsterdam, en el cual se consagró el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como mejorar la cooperación policial y judicial entre los Estados en materia penal, la Cumbre de Tampere de 1999 configuró el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales como la piedra angular de la citada cooperación.[49] Siempre al amparo de estas ideas, se aprueban algunas de las normas que veremos a continuación. Finalmente, nótese que aunque las Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea son obligatorias,[50] su eficacia depende de que cada Estado miembro las trasponga, o las incorpore en su propia legislación interna.[51]

---

4. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso, en la medida en que tal exigencia sea compatible con los principios de su derecho interno."

[48] Art. 15.

[49] Al respecto véase MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. "El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco." En: GALGO PECO, Ángel (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° XIII, 2003, pp. 386-387.

[50] *"...esta modalidad legislativa es la que se suele utilizar para aproximar las normativas de los Estados miembros. Propuesta a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, debe ser adoptada por unanimidad. Vincula a los Estados miembros en cuanto a los resultados que deben alcanzarse y deja a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos."* DURBÁN SICILIA, Luis. "Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso). En: MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio (Dir.). *Noticias de la Unión Europea.* No indica ciudad, Wolters Kluwer España, S.A., N° 316, Año XXVII, mayo 2011, p. 31.

[51] MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. "Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas." En: BARRIENTOS PACHO, Jesús María (Dir.) *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 117, 2007, p. 170.

A. Acción Común 98/699/JAI**,** de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.[52]

La Acción Común pretendió acabar con las reservas a los arts. 2[53] y 6[54] del Convenio de 1990. Se buscaba que no hubiese limitaciones a la confiscación cuando se tratase de delitos que tenían asociada una pena privativa de libertad o medida de seguridad cuyo máximo superase un año. De igual manera, que se tipificase el blanqueo de capitales vinculado con delitos graves, a saber, cualquier delito que tuviese aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad cuyo máximo sea superior al año, o cuyo mínimo sea de más de seis meses. Además, contempló la obligación de los Estados de incorporar el comiso de bienes cuyo valor corresponda al producto del delito (es decir, el comiso por valor equivalente).[55] Es importante señalar que los vocablos productos, bienes y decomiso mantuvieron por remisión expresa el mismo significado que se les dio en el Convenio de 1990.[56]

La cooperación internacional fue uno de los temas medulares de esta Acción, pues se invitó a los Estados a tomar acciones legislativas para que ante la petición de otro Estado, fuese posible identificar y seguir el presunto producto de un delito. Asimismo, se les solicitó adoptar medidas para que esta asistencia se brindase con la

[52] DOUE N° L 333, 09 de diciembre de 1998, pp. 1-3.

[53] Según el art. 2 del Convenio de 1990, las Partes podían definir el elenco de delitos o categoría de delitos en los que procedería la confiscación de instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda al de esos productos.

[54] El art. 6 del Convenio de 1990 como señalé páginas atrás, autorizaba a cada Estado a señalar en relación con cuáles infracciones o categorías de infracciones se sancionaría el blanqueo de capitales.

[55] La Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, señala en su art. 1:
"1. Con el fin de aumentar la eficacia de la actuación contra la delincuencia organizada, los Estados miembros velarán por que no se formulen ni mantengan reservas en relación con los siguientes artículos del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los producto del delito, de 1990 denominado en lo sucesivo «Convenio de 1990».
a) Artículo 2: En la medida en que los delitos lleven aparejada una pena de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de un año;
b) Artículo 6: En la medida en que se trate de delitos graves. Entre ellos deben incluirse en cualquier caso los delitos que lleven aparejada una pena de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de un año, o, en lo referente a los Estados en cuyo sistema jurídico existe un umbral mínimo para los delitos, los delitos que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad o medida de seguridad de un mínimo de más de seis meses…
2. Los Estados miembros velarán por que su legislación y procedimientos sobre confiscación de los productos del delito también permitan el decomiso de bienes cuyo valor corresponda a dicho producto, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero…"

[56] "Artículo 1.
2.
…Los términos «instrumentos», «bienes», «producto» y «decomiso» se entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990."

mayor celeridad.[57] También se previó la elaboración de una guía a nivel judicial europeo, en la cual fuese posible consultar información sobre la asistencia que se podía recibir en torno al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos o productos del delito.[58]Del mismo modo, la iniciativa pretendió favorecer el contacto directo entre los investigadores, magistrados y fiscales; simplificar las peticiones de investigadores que eran adicionales o complementarias a otras ya formuladas y reforzar la formación de los jueces en este ámbito.[59]

Los arts. 1 y 3, el apartado 1 del art. 5 y el 2 del art. 8 de esta Acción Común fueron derogados expresamente por la Decisión Marco 2001/500/JAI que se analizará a continuación.

B. Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.[60]

Esta Decisión parte de la certeza de que el blanqueo de capitales es un fenómeno criminológico vinculado con la delincuencia organizada. En lo medular tiene el propósito de reforzar la Acción Común antes reseñada, al imponer a los Estados la obligación de adoptar medidas para permitir el decomiso del producto del delito, o en su defecto, el de bienes cuyo valor corresponda al de los productos (comiso por valor equivalente), no así el de otra clase de bienes (por ejemplo, los instrumentos). Admite eso sí, que los Estados excluyan el comiso por valor equivalente cuando el valor del producto no supere los cuatro mil euros.[61]

Por ser normativa con carácter vinculante,[62] ésta Decisión estaba en mejores condiciones de acabar con las reservas hechas en virtud del art. 2 del Convenio de

[57] Arts. 1.3 y 3.
[58] Art. 2.1.
[59] Arts. 4.1, 5 y 6.
[60] Publicada en el DOCE N° L 182, 5 de julio de 2001, pp. 1-2.
[61] "Artículo 3
Decomiso del valor
Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero. No obstante, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en que dicho valor sea inferior a 4 000 euros.
Los términos «bienes», «productos» y «decomiso» se entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990."
[62] Esta Decisión Marco fue afectada por la sentencia C-176/03 del 13 de septiembre de 2005, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre el reparto de competencias en materia penal entre la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea y en la cual se estimó que la citada Decisión se había adoptado sobre una base jurídica errada.

1990, cuando se tratase de delitos castigados con penas privativas de libertad o una medida de seguridad de duración máxima de más de un año y del art. 6, cuando se tratase de delitos graves, entiéndase, los que tienen prevista una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año, o mínima de más de 6 meses. Asimismo, obligó a los Estados a que los delitos previstos en los puntos identificados con las letras a y b del apartado 1 del art. 6 ya mencionado,[63] no tuviesen penas privativas de libertad máximas inferiores a los 4 años.[64]

En cuanto a los conceptos bienes, productos y decomiso, este instrumento también remitió a lo expuesto en el artículo 1 del Convenio de 1990.[65] Al mantener la tónica de asociar el provecho económico *derivado* de la infracción con el término *producto*, solo quedan comprendidas las ganancias *directas* del hecho, no así las *indirectas* y *los efectos* de la infracción.

C. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.[66]

El Consejo de la Unión Europea, considerando que el objetivo principal que persigue la delincuencia organizada trasnacional es obtener beneficios económicos, diseñó una estrategia de prevención que se centra en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. Los puntos medulares de esta Decisión son los siguientes:

A los vocablos decomiso, productos, bienes e instrumentos se les atribuyó un contenido similar, aunque no idéntico, a los expuestos en otros textos normativos supranacionales. El decomiso es toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien. Se trata de la definición co-

---

[63] El art. 6 del Convenio de 1990, en su apartado 1, letras a) y b), señala:
"Delitos de blanqueo.
1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:
a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
b) la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos; y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico;…"

[64] "Artículo 2. Sanciones
Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias, coherentes con su sistema penal, para que los delitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 6 del Convenio de 1990, según se derivan de la letra b) del artículo 1 de la presente Decisión marco, sean sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no puede ser inferior a cuatro años."

[65] Art. 3.

[66] DOUE N° L 68, 15 de marzo de 2005, pp. 49-51.

mún, empleada tanto por NU como por el Consejo de Europa, aunque expresamente se atribuye la imposición de la medida a la jurisdicción penal. El producto, por otra parte, es concebido como todo beneficio económico *derivado* de una infracción penal y puede consistir en cualquier clase de bienes (materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes). Nuevamente se entiende el producto como sinónimo de ganancia, pues el bien procedente de la infracción debe suponer un beneficio económico. Aunado a esto, como la norma usa el término *derivar*, no se contempla el comiso de las ganancias indirectas o secundarias, sino solo el de las que están directamente vinculadas a la infracción.

El *instrumento* por su parte, es el bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales.[67] Es decir, al igual que sucede con el vocablo *bienes*, el concepto de instrumento que se brinda en esta DM es idéntico al empleado en otros cuerpos normativos supranacionales.

Según esta Decisión el comiso se debe prever en cualquier infracción penal cuya pena privativa de libertad sea superior a un año (art. 2.1).[68] Los Estados también deben contemplar el comiso por valor equivalente, es decir, el de bienes cuyo valor corresponda al del producto de la infracción (artículo 2.1 ya citado). Importante decir que no se contempla el comiso por valor equivalente en relación con los instrumentos.

En comparación con los demás instrumentos supranacionales, esta Decisión Marco contiene una novedad: el comiso ampliado. Se trata de una figura que se ori-

[67] "Artículo 1
Definiciones
A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por:
— «productos», todo beneficio económico derivado de una infracción penal. Podrá consistir en cualquier clase de bienes, tal como se definen en el siguiente guión,
— «bienes», los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes,
— «instrumentos», todo bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales,
— «decomiso», toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien,…"

[68] "Artículo 2
Decomiso
1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos."

Autores como Gascón Inchausti afirman que esta Decisión Marco obliga a los legisladores internos a prever el decomiso respecto de ciertos delitos, incluidos los imprudentes. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 45. En realidad, lo que impone al legislador interno es el deber de prever el comiso en *cualquier* infracción penal que tenga prevista una pena de privación de libertad superior a un año, sin distinguir entre hechos dolosos y culposos.

gina en el ordenamiento alemán[69] y que es asumida por la Unión Europea como una herramienta para acabar con la delincuencia organizada y el terrorismo. Se impone a los Estados el deber de adoptar las medidas necesarias para proceder al decomiso, parcial o total, de los bienes que pertenecen al condenado por una infracción que reúna ciertos requisitos, a saber, que sea una infracción cometida en el marco de una organización delictiva según lo dispuesto en la Acción Común 98/733/JAI y que esté prevista en determinadas DM, o que se trate de una infracción contemplada en la DM 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo. En cualquier caso, la infracción deben tener dos características: tener la capacidad de generar un beneficio económico y estar sancionada según dichas DM con determinadas penas de prisión. Si son infracciones distintas al blanqueo de capitales, la pena debe ser de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo. Si se relacionan con el blanqueo, la pena de prisión debe ser de al menos cuatro años en su grado máximo (artículo 3.1).[70]

[69] Así lo indica GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (Dirs.). *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal.* Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Vol. I, 2006, p. 592; GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 71.

[70] "Artículo 3
Potestad de decomiso ampliada
1. Cada Estado miembro adoptará como mínimo las medidas necesarias para poder proceder, en las circunstancias mencionadas en el apartado 2, al decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción:
a) cometida en el marco de una organización delictiva tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, cuando dicha infracción esté prevista en:
— la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro,
— la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito,
— la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos,
— la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,
— la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil,
— la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas;
b) que esté prevista en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, y siempre que la infracción a tenor de las mencionadas Decisiones marco:
— en relación con infracciones distintas al blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo,
— en relación con el blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo, y la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico."

En suma, son 4 requisitos o condiciones los que deben cumplirse para aplicar el decomiso ampliado. Que haya una persona (física o jurídica) condenada por una infracción penal, lo que supone un proceso penal en su contra que ha concluido precisamente con una sentencia condenatoria. Que la condena sea por terrorismo o determinados delitos contemplados en algunas Decisiones Marco (la falsificación de moneda; el blanqueo de capitales; la trata de seres humanos; la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; la explotación sexual de menores de edad; la pornografía infantil y el tráfico de drogas). Con excepción del terrorismo, el o los delitos deben haber sido cometidos en el marco de una organización delictiva, entendida ésta como *"una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública."* (Artículo 1 Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998).

En tercer lugar, se requiere que la pena prevista para la infracción cumpla ciertos requerimientos penológicos y por último, que pueda generar un beneficio económico. Para Gascón Inchausti incluir este último requerimiento sirve para dejar claro que el comiso ampliado solo se aplica a las ganancias, pero no a los efectos e instrumentos del delito,[71] criterio que comparto tras considerar que con esta forma de comiso lo que se pretende es resolver los problemas que enfrenta el órgano jurisdiccional al tratar de relacionar las cuantiosas ganancias que genera el crimen organizado (y que para entonces ya están dotadas de cierto grado de autonomía, por ejemplo al haber sido transmitidas a un tercero), con un condenado y unos hechos concretos cometidos por él.

Para los casos antes expuestos, el decomiso cabrá *como mínimo* en las siguientes tres hipótesis. La primera, cuando un órgano jurisdiccional basándose en hechos concretos, esté convencido (hasta aquí hablamos de un *juicio de certeza*), de que los bienes provienen de actividades delictivas realizadas por el sentenciado durante un periodo anterior a su condena y que son de la misma clase que la que motivó esa condena. Para llegar a esa conclusión apunta la norma, basta con que el órgano jurisdiccional lo considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto (art. 3.2.a). La segunda hipótesis es idéntica a la primera, salvo en que las actividades delictivas previas son solamente similares a aquella que motivó la condena (art. 3.2.b). Por último, el decomiso deberá proceder cuando haya constancia de la desproporción que existe entre los ingresos legales del condenado y el valor de sus propiedades y un órgano judicial, basándose en hechos concretos, llegue a la certeza de que los bienes proceden de su actividad delictiva (art. 3.2.c).[72]

[71] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 73.
[72] "Artículo 3.
2. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

En los dos primeros supuestos, los órganos judiciales deben valorar las circunstancias del caso concreto para concluir razonablemente que los bienes a decomisar se originan en actividades delictivas previas y que pueden ser de la misma clase (primera opción), o similar (segunda opción), a la que motivó la condena. Es decir, mediante el examen de las circunstancias del caso que está siendo sometido a juicio, el órgano jurisdiccional puede alcanzar la certeza sobre el origen ilícito de los bienes, no así sobre la responsabilidad penal que le quepa al sujeto en esas actividades criminales anteriores, pues en relación con éstas no se ha instaurado proceso alguno.

La primera previsión resuelve los problemas que surgen al juzgar actividades criminales que se prolongan en el tiempo, lo que genera dudas acerca de si los bienes del imputado están relacionados con el marco fáctico que contempla la acusación o con hechos anteriores, siempre del mismo género.[73] La duda no impedirá el decomiso de esos bienes, pues ha quedado demostrado que el condenado se dedica a una actividad criminal y que los bienes se originan en ella, siendo intrascendente que sea previa a la que es reprochada con la condena.

---

a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada."

[73] En un sentido similar, Gascón Inchausti señala: *"...lo realmente innovador de esta modalidad de decomiso ampliado... es que mientras quede claro que se trata de bienes que proceden de actividades delictivas de determinada índole cometidas por el condenado, no resulta necesario demostrar que derivan del concreto hecho punible enjuiciado, si se dan ciertos elementos. A través de esta potestad de decomiso ampliada se resuelve, en efecto, un problema bastante concreto: no es infrecuente que un tribunal se enfrente a delitos que tienen una cierta permanencia, una cierta duración de tiempo (v.g., dedicarse al tráfico de drogas): el proceso penal, en estos casos, suele abrirse para enjuiciar la actividad delictiva desarrollada durante un periodo de tiempo, más o menos amplio, y surge la duda de si los bienes del imputado son el producto lato sensu de actividades desarrolladas durante el periodo de tiempo sometido a enjuiciamiento, o si tienen su origen en actividades cercanas, sea antes o después. Pues bien, cuando el margen temporal de duda no resulta excesivamente amplio («periodo anterior a la condena... que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto»), el decomiso de esos bienes será posible en el marco de ese proceso penal. En consecuencia, cabrá el decomiso, a pesar de que subsista la duda acerca de si los bienes podrían proceder o no proceder del delito enjuiciado, porque la persona condenada se ha dedicado a un cierto tipo de actividad delictiva homogénea durante más tiempo que el sometido a enjuiciamiento y, aunque hay datos para vincular los bienes con esa actividad, no existe certeza para ubicar cronológicamente su adquisición en el periodo sometido a enjuiciamiento."* GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 74. Léase también GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* pp. 592-593.

El segundo supuesto es más problemático pues la actividad criminal no es de la misma clase que la enjuiciada, sino similar a ésta y realizada durante un período anterior. La Decisión Marco lo que busca es aprovechar el proceso penal para decomisar los bienes originados en delitos diferentes a los que se están juzgando, pero que son claramente conexos en razón de su similitud y proximidad cronológica,[74] pues tanto unos como otros son cometidos en el contexto de la criminalidad organizada o el terrorismo y tratándose de estos fenómenos criminológicos es común la práctica de hechos criminales diversos pero vinculados entre sí, p. ej., el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales.[75]

A la luz de esta segunda hipótesis, una sentencia que disponga el decomiso debe basarse en la certeza de que los bienes proceden de una actividad criminal diferente a la sometida a proceso. Lo anterior supone según Gascón Inchausti, dos posibles opciones. La primera, admitir que el sujeto fue condenado en el pasado por esas actividades similares y no se dispuso el decomiso de los bienes, caso en el cual podríamos estar ante un *bis in ídem*, donde la nueva sentencia permite corregir errores cometidos en el primer proceso en cuanto a ese punto, o en cualquier caso, se podía estar ante un quebranto de la cosa juzgada de la sentencia que no impuso el decomiso. La segunda opción consiste en no exigir una condena previa por las actividades similares, supuesto en el cual el órgano jurisdiccional solo se estaría pronunciado de manera incidental sobre ellas, para resolver el decomiso de los bienes. En este contexto el proceso penal se emplearía para sancionar de forma indirecta conductas diferentes a las que son objeto de persecución, lo que no es razonable, *"…puesto que, en rigor, o bien podría abrirse el correspondiente proceso penal que tuviera por objeto esas actividades delictivas similares (y que podría decretarse el decomiso), o bien ya no procede hacerlo, por razones sustantivas o procesales, en cuyo caso la legitimidad del decomiso quedaría en entredicho."*[76]

Entiendo que si en un primer proceso se resolvió sobre la existencia de determinados hechos y el decomiso de bienes relacionados con esos hechos, ninguna sentencia posterior aunque se pronuncie sobre otro marco fáctico, puede disponer con base en la potestad de decomiso ampliada el decomiso de los bienes que recién mencioné, pues se estaría resolviendo por segunda ocasión sobre un mismo punto (violentándose el *ne bis in ídem*) y en igual medida, se quebrantaría la cosa juzgada. Diferente será si en el primer proceso, a pesar de haberse tenido por demostrada la comisión de una infracción como mínimo típica y antijurídica[77] no se resolvió sobre el comiso de bienes, o si en relación con esos hechos anteriores no ha existido pro-

[74] Ambos elementos (similitud y proximidad temporal) son los que unen ambas actividades criminales (la enjuiciada y la que le precede). Así GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 74.

[75] Cree que el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales son actividades conexas o similares, PÉREZ CEBADERA, María-Ángeles. "Presunción de inocencia y decomiso: ¿Es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes? En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.). *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Madrid, Editorial Colex, 2008, p. 77.

[76] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 74-75.

[77] Sobre esto volveremos luego, al analizar el comiso en casos donde no se ha declarado responsabilidad penal alguna aunque sí se ha tenido por demostrada la existencia de una situación patrimonial ilícita.

ceso penal alguno. En estos casos es plausible que en un proceso realizado por hechos posteriores se disponga el comiso de los bienes originados en otras actividades delictivas que aunque diversas son conexas con esos hechos y que han sido cometidas el condenado, pues al no haber sido objeto de pronunciamiento anterior no existirían los problemas antes apuntados.

Indispensable es destacar que tanto en el primer como en el segundo caso se exige al órgano juzgador un *grado de certeza* acerca del origen de los bienes a decomisar.[78] Algunos autores como González Cussac o Delgado López creen que la Decisión Marco, al usar la palabra *convicción*, requiere aplicar la doctrina de la íntima convicción o convicción subjetiva.[79] No comparto tal criterio por varias razones. La primera, el art. 3.2 no le está indicando a los Estados cuál sistema de valoración de prueba deben elegir, sino el grado de convencimiento que debe alcanzar el órgano jurisdiccional para resolver el tema y que es precisamente el de la *certeza*. Véase que la norma señala que ese órgano, basándose en hechos concretos, *debe estar plenamente convencido* de que los bienes provienen de actividades delictivas. En segundo

[78] Esta también es la opinión de Vittorio Manes, al hablar de una interpretación con efectos *in bonam partem*: "*En efecto, se prevé que cada Estado adopte las medidas necesarias para permitir el decomiso, por un lado, cuando el juez nacional, sobre la base de hechos concretos, esté plenamente convencido de que el bien en cuestión proviene de actividades delictivas (let. a) o bien proviene de actividades delictivas similares (letra b) "cometidas durante un periodo anterior a la condena por el delito del párrafo 1 considerado razonable por el juez en las circunstancias del caso concreto"; por otro lado, y en cuanto a lo que aquí mayormente nos interesa, cuando el juez nacional, en relación a un bien cuyo valor es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada, esté de todos modos plenamente convencido -siempre sobre la base de hechos concretos - de que el bien en cuestión sea el producto de actividades delictivas de la misma persona condenada (letra c). Entonces, a la luz de semejantes indicaciones normativas, una interpretación comunitariamente orientada del art. 12 sexies, por un lado, debería sugerir una aplicación restrictiva de la peculiar hipótesis de decomiso circunscrito a una pertenencia cronológica de los bienes objeto de decomiso juzgada razonable respecto a la actividad criminal presupuesto de la misma medida (pareciendo tal límite operar, más en general, para toda medida confiscatoria); por otro, debería siempre subordinarse la aplicabilidad de la medida a un convencimiento pleno ("más allá de cualquier duda razonable") acerca de la derivación en todo caso ilícita de los bienes de valor desproporcionado respecto a los ingresos legalmente obtenidos."* MANES, Vittorio. "La incidencia de las "Decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 09-07, 2007, pp. 7-8. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf. Cree también que el órgano jurisdiccional debe concluir razonablemente que los bienes provienen de actividades delictivas realizadas por el condenado durante un período anterior a la condena, VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P. "Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6314, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2005, apartado VIII. Disponible en: laleydigital.laley.es.

[79] *"...la propia DM, por sorprendente que parezca, emplea en sus dos primeras alternativas, la denostada expresión de la "convicción" del juez, lo que de lleno, y sin paliativo alguno, nos arroja ala prohibida doctrina de la "íntima convicción" o de la "convicción subjetiva."* GONZÁLEZ CUSSAC, José. "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.). *Boletín de Información. La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa.* Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Suplemento al N° 2015, de 15 de junio de 2006, Año LX, p. 17. DELGADO LÓPEZ, Luis María. "El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas." En: CIMÁS GIMÉNEZ, María del Carmen (Dir.). *Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos.).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 37, 2006, p. 303-304.

lugar, la disposición también alude al carácter razonable[80] que deben tener las conclusiones del órgano jurisdiccional, lo que es claramente incompatible con un sistema de valoración de prueba ajeno a todo tipo de controles. Finalmente, la Decisión Marco no habla de convicción íntima o subjetiva, limitándose a usar la palabra *convencimiento* y este término por sí solo no excluye la valoración de la prueba conforme a la sana crítica racional. Tan es así que el verbo *convencer*, según la Real Academia Española, significa *"probar algo de manera que racionalmente no se pueda negar."*[81] Es decir, quien añade a las palabras *convencimiento o convicción* las palabras *íntima y subjetiva* es el autor González Cussac y no la DM. Ésta solamente brinda un marco general, que puede ser compatible con un sistema de valoración de la prueba conforme con las reglas de la sana crítica ya que reitero, a la palabra *convencimiento* se añade la alusión a la *certeza* y al carácter *razonable* de las conclusiones adoptadas.

En el último caso, además de verificar la desproporción entre el valor de los activos patrimoniales y los ingresos del condenado, los Jueces deben tener *certeza* de que los bienes proceden de su actividad delictiva (en concreto, de la misma actividad sometida a juicio[82]). De esta forma la DM menciona dos circunstancias a tomar en cuenta por el órgano jurisdiccional para ordenar el decomiso: la desproporción y la certeza sobre el origen de los bienes. Repito, dos, no solamente una.[83] Por lo expuesto no se puede sostener que esta norma privilegia la inversión de la carga de la prueba sobre la certeza que se debe alcanzar en relación con el origen de los bienes. Creo que tampoco plantea o sugiere la creación de una presunción legal que incluya ese indicio.

Los tres supuestos del artículo 3.2 son los mínimos que deben ser traspuestos a la legislación interna[84] y no como señalan algunos autores, tres opciones den-

---

[80] La norma usa la palabra razonabilidad. Según el Diccionario de la Lengua Española, los vocablos razonable y racional son sinónimos, el primero se refiere a lo *"ajustado a la razón"* y el segundo a *"lo perteneciente o relativo a la razón."* RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

[81] RAE, *Diccionario de la Lengua Española, ibídem.*

[82] Para Pérez Cebadera, este supuesto se puede subsumir en el primero, porque la única diferencia entre ambos es que tipifica como indicio el valor desproporcionado del patrimonio. PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 77.

[83] A mi modo de ver, el criterio que expongo también es el de Gómez Bermúdez, que en lo que interesa, señala: *"En el supuesto más extremo, si el patrimonio de la persona condenada es desproporcionado con respecto a sus ingresos legales, el órgano jurisdiccional podrá acordar su decomiso si llega a la convicción de que dicho patrimonio procede de la actividad delictiva del condenado."* GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier. "De lege ferenda." En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006, p. 280. Véase que no bastará con la sola desproporción, sino que se requiere también un juicio de certeza sobre el origen de los bienes. Como indiqué *supra*, comparte esta tesis MANES, "La incidencia de las "Decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 7-8.

[84] En igual sentido RODRÍGUEZ PUERTA, María José. "La política europea en materia de comiso." En: TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.). *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Monografía. Las sanciones penales en Europa.* Navarra, Editorial Aranzadi, N° 21, 2009, p. 404; GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* p. 12; GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 76. Para él, las tres modalidades se deben incorporar en la legislación interna si se desea cumplir con la Deci-

tro de las cuales cada Estado puede elegir.[85] Para llegar a esta conclusión valoro el texto del citado art. 3, que en su primer apartado excluye la disyuntiva, al señalar que el comiso deberá proceder *como mínimo* en *las circunstancias mencionadas* en el segundo apartado, con lo cual las comprende todas. Aunado a esto, al iniciar el apartado 2 reitera dicha afirmación. Por otra parte, los supuestos previstos en los apartados a, b y c del artículo 3.2 son diversos y en consecuencia carecería de sentido que el legislador pudiese optar solamente por uno de ellos y dejar por fuera los otros, haciendo del comiso ampliado una herramienta incapaz de alcanzar los objetivos político criminales para los cuales fue diseñada. A lo expuesto podemos añadir una observación de Gascón Inchausti. Para él, atentaría contra la armonización legislativa que persigue la Decisión Marco el que los Estados pueden incorporar en sus legislaciones hipótesis diversas para aplicar el decomiso ampliado.[86]

Finalmente, aunque no se puede ignorar que los tres supuestos que contempla el apartado 2 del artículo 3 están separados por la expresión *o bien*, que es precisamente la que produce confusiones al dar la impresión de que estamos ante tres

---

sión Marco. Entiendo que ésta es también la posición de Blanco Cordero, pues dice que el comiso debe pronunciarse *como mínimo* en esas tres hipótesis. BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 72.

[85] Habla de tres *opciones*, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova S.A.U., N° 34, Año XI, tercer cuatrimestre 2011, p. 100. Rueda García también considera que del artículo 3 se desprende que *"...la legislación nacional de cada Estado miembro ha de permitir, como mínimo, el decomiso de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una de las infracciones descritas en su primer apartado cuando, según alguna de las alternativas previstas en el segundo, procedan de su actividad delictiva... la Decisión marco establece un volumen mínimo de bienes susceptibles de decomiso: los que pertenezcan al condenado y procedan de su actividad delictiva*." RUEDA GARCÍA, Luis. "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.); ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 223. Como se aprecia, este autor emplea la palabra *alternativas*. En igual sentido, Cereijo Soto habla de *"tres mecanismos"* por medio de los cuales se puede realizar el decomiso ampliado. CEREIJO SOTO, Antonio. "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7457, Sección Doctrina, 30 de julio de 2010, Año XXXI, p. 6. González Cussac habla de 3 fórmulas alternativas. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; *et ál.*, *BIMJ, op. cit.,* p. 18. Finalmente, también lo entiende así MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010, p. 391.

[86] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 76. De hecho, este ha sido el resultado que se ha dado en la práctica. Como señala Blanco Cordero, con base en el Informe de la Comisión con arreglo al art. 6 de la DM 2005/212/JAI, los Estados han adoptado medidas diversas en este campo. De acuerdo con dicho informe: *"De forma directa o indirecta se prevé la modalidad a) en Bulgaria, Alemania, Finlandia y Portugal... Estonia prevé, directa o indirectamente, la medida prevista en la letra c)... La República Checa, Francia, Dinamarca y los Países Bajos prevén, directa o indirectamente, las medidas previstas en las letras a), b) y c)... Bélgica y Bulgaria prevén, directa o indirectamente, las medidas previstas en las letras a) y b)."* BLANCO CORDERO, "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit.,* p. 356.

opciones o alternativas, la lectura integral de la norma permite concluir que lo que pretende la Unión Europea es que cada Estado incorpore en su legislación las tres hipótesis mencionadas, y tome las medidas necesarias para que el comiso ampliado se ordene si se presenta cualquiera de ellas. La alternativa que prevé la DM es para la autoridad que debe decidir sobre el comiso ampliado (de manera que lo pueda ordenar cuando se dé cualquiera de las tres circunstancias) y no para el legislador interno, que solamente cumplirá con la DM cuando introduzca en su ordenamiento los tres supuestos reseñados atrás.

A pesar de que este instrumento tiene como uno de sus objetivos que todos los Estados regulen el decomiso de los productos del delito y la carga de la prueba en relación con el origen de los bienes que posea un condenado por infracciones cometidas al amparo de la delincuencia organizada,[87] no llega al extremo de recomendar expresamente la inversión de esa carga probatoria, como sí sucede con otros instrumentos internacionales (p. ej., la Convención de las NU de Viena, Palermo y Mérida). Ahora, innegable es que el decomiso de bienes originados en hechos que aunque pueden ser de la misma clase, no son los que está siendo objeto de discusión en el juicio, supone un relajamiento del rigor probatorio que ha rodeado la imposición de esa medida, pues deja de ser una consecuencia jurídica que solo procede una vez que se demuestren los hechos acusados, así como el vínculo entre *esos* hechos y los bienes, para convertirse en una medida que cabe en relación con bienes procedentes de hechos que no han sido imputados y menos aun demostrados en sentencia. Aunque ciertamente, también puede cuestionarse la importancia que la DM concede a la desproporción entre el valor del patrimonio del condenado y sus ingresos lícitos, pues aunque no lo diga expresamente, impone al condenado el deber de demostrar que no hay tal desbalance, debo subrayar que no basta esa desproporción para imponer el comiso. Según el artículo en examen, también es necesario que el órgano jurisdiccional esté *convencido* de que los bienes proceden de la actividad delictiva del condenado.

A diferencia de lo que sucede con el art. 3.2, donde se prevén formas de comiso ampliado que los Estados obligatoriamente deben incorporar en sus ordenamientos internos, el art. 3.3 y 3.4 de la DM prevé algunas modalidades opcionales. En concreto, en el art. 3.3 se pide a los Estados valorar la posibilidad de incorporar en los casos ya mencionados (que se relacionan con la criminalidad organizada y el terrorismo), el comiso ampliado extensible a terceros,[88] sean personas físicas o jurídicas. En concreto, el comiso total o parcial de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate, así como de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona en cuestión o sus allegados ejercen control, o de la que dicha persona recibe una parte considerable de ingresos (artículo 3.3).[89] En este comi-

[87] Décimo considerando de la DM.

[88] Así lo llama CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 6.

[89] "Artículo 3.

3. Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes

so ampliado extensible a terceros, lo básico es que los bienes a decomisar no pertenecen al condenado, sino a un tercero que es allegado al condenado, o a una persona jurídica que éste o sus allegados controlan. Dichos bienes proceden de las actividades que realizó el condenado con anterioridad a la que fundamenta la condena y que puede ser de la misma naturaleza o similar a ésta. Finalmente y para el caso en que la citada actividad sea de la misma clase que la juzgada, el órgano jurisdiccional puede considerar para resolver, la desproporción entre activos e ingresos legítimos del condenado, o en este caso entre activos e ingresos del tercero que es el titular aparente de los bienes.

Nótese que esta Decisión Marco, que sugiere extender el comiso ampliado a terceros, no dispone lo mismo tratándose del comiso ordinario o común, entiéndase el que recae sobre los bienes relacionados con la infracción sometida a juicio. Los casos en los que un tercero tiene la titularidad del derecho, o la tiene al menos en apariencia, no son objeto de regulación en esta normativa (ni en ninguna otra de carácter supranacional).

Por su parte, el art. 3.4 plantea la posibilidad de que los Estados acudan a procedimientos distintos al penal para privar al autor de la infracción de sus bienes, lo que implica prescindir de las garantías propias del proceso penal.

Finalmente, la DM no impide a los Estados aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías, sobre todo en lo relacionado con la presunción de inocencia y los derechos de propiedad (Considerando 11 de la DM y art. 5).[90] Según Gascón Inchausti, el art. 5 mencionado no puede ser una excusa para no aplicar este instrumento supranacional. Al contrario, debe obligar al legislador interno a incorporar los 3 supuestos previstos en materia de decomiso ampliado de manera cuidadosa, para que no haya roces con las garantías fundamentales del proceso penal.[91]

---

transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados.
La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.
4. Los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate."

[90] Considerando 11: "La presente Decisión marco no impide a ningún Estado miembro aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías procesales, en particular la presunción de inocencia, los derechos de propiedad, libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en otros medios de comunicación."
"Artículo 5
Garantías
La presente Decisión no tendrá el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, incluida en particular la presunción de inocencia, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea."

[91] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 77.

D. Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.[92]

En ésta se establecen las normas para el reconocimiento y la ejecución directa por parte de un Estado de las resoluciones finales de decomiso dictadas por las autoridades jurisdiccionales de otro Estado. Se trata de un claro impulso a la cooperación internacional a través del reconocimiento mutuo de resoluciones.[93]

Aunque es una Decisión cuyo contenido es eminentemente procedimental, en ella se brindan una serie de definiciones de interés que se aproximan a las expuestas en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo. El decomiso es *la "sanción o medida impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes."* Al hablar de bienes, se hace referencia a cualquier clase de ellos, *"ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido"*. Dentro del concepto de bienes susceptibles de decomiso se incluyen los que son producto de una infracción penal (entendido éste como cualquier beneficio económico resultante de la infracción), o que equivalen al valor de ese producto (comiso de valor equivalente); los instrumentos de la infracción (bien utilizado o destinado a utilizarse en la comisión de la infracción) y finalmente, los que puedan ser decomisados con base en la potestad de decomiso ampliada (es decir, se prevé el decomiso ampliado).[94] Como en otras regulaciones, el comiso por valor equiva-

[92] Publicada en el DOUE N° L 328, 24 de noviembre de 2006, pp. 59-67. Esta Decisión Marco sufrió algunas modificaciones (que no son de interés en esta investigación) por medio de la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. DOUE N° L 81 de 27 de marzo de 2009.

[93] Véase JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 101. Para Gascón Inchausti, con esta Decisión Marco *"se consagra… la normalidad del decomiso transfronterizo en el contexto europeo."* GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 43. En igual sentido, Durbán Sicilia señala que esta DM instaura un sistema de reconocimiento mutuo y ejecución prácticamente automática de resoluciones que implican la privación definitiva de bienes considerados instrumento o producto de un delito. DURBÁN SICILIA, "Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)." En: MARTÍNEZ LAFUENTE, *NUE, op. cit.,* p. 32.

[94] "Artículo 2
Definiciones
A efectos de la presente Decisión marco se entenderá por:
a) «Estado de emisión»: el Estado miembro en el que un órgano jurisdiccional haya dictado una resolución de decomiso en relación con una causa penal;
b) «Estado de ejecución»: el Estado miembro al que se transmita una resolución de decomiso para su ejecución;

lente es únicamente aplicable al producto de la infracción y no a otras categorías de bienes susceptibles del comiso (p. ej., los instrumentos).

E. Decisiones Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada[95] y DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo.[96] Concepto de organización criminal de cara a la DM 2005/212/JAI del Consejo.

Aunque la DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, que derogó la Acción Común 98/733/JAI de 21 de diciembre de 1998, no reguló el tema del comiso, brindó un concepto de organización criminal que es de importancia en el examen del comiso ampliado. En su art. 1.1 define la organización como *"una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material…"* Asimismo, en el art. 1. 2 habla de la asociación estructurada como *"una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que ne-*

c) «resolución de decomiso»: la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes;
d) «bienes»: cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido:
i) que constituyen el producto de una infracción penal o equivalen total o parcialmente al valor de dicho producto, o
ii) que constituyen los instrumentos de dicha infracción, o
iii) que pueden ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2,de la Decisión marco 2005/212/JAI, o
iv) que pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión;
e) «producto»: todo beneficio económico resultante de infracciones penales. Podrá tener forma de cualquier tipo de bien;
f) «instrumentos»: cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales;
g) «bienes culturales pertenecientes al patrimonio cultural nacional»: los bienes definidos de conformidad con el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro;
h) la infracción penal prevista en el artículo 8, apartado 2, letra f), será la infracción principal, cuando las diligencias conducentes a una resolución de decomiso impliquen una infracción principal y blanqueo de capitales."

[95] DOUE N° L 300 de 11 de noviembre de 2008 pp. 0042 - 0045.
[96] DOCE L 164 de 22 de junio de 2002, pp. 3-7.

cesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada."

Al igual que sucede con la Convención de Palermo de NU, en esta DM el primer elemento de la organización criminal es el denominado *grupo estructurado* o *asociación estructurada*. Lo que se procura erradicar a través de las medidas contempladas en este instrumento, son precisamente las organizaciones criminales y no uno de sus componentes (la asociación estructurada), lo anterior sin perjuicio de que los Estados tipifiquen como organización delictiva otros grupos de personas.[97]

En lo relacionado con el terrorismo, la situación es similar. La DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, entiende el grupo terrorista como *"toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo."*[98] La organización estructurada, a su vez, se detalla como

[97] Así se desprende del apartado IV de la exposición de motivos que contiene la citada DM.

[98] Son delitos de terrorismo, según la DM:

"Artículo 1

Delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;

b) atentados graves contra la integridad física de una persona;

c) secuestro o toma de rehenes;

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;

g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)…"

"Art. 2…

2. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales siguientes:

a) dirección de un grupo terrorista;

b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

Artículo 3

Delitos ligados a las actividades terroristas

"una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada."[99]

De lo expuesto se extrae que la *organización estructurada* es únicamente uno de los componentes del grupo terrorista y no un fenómeno independiente que también pretenda erradicarse.

IV. Comiso: notas comunes en la normativa supranacional.

Tras el examen de los instrumentos supranacionales destacan las siguientes conclusiones:

En el diseño de una política criminal supranacional para acabar con la delincuencia grave, la destrucción del patrimonio ilícito y en particular el comiso, es una pieza fundamental.

La cooperación entre los Estados, necesaria para que prospere el decomiso transfronterizo, debe empezar por la armonización legislativa. Por esa razón es indispensable llegar a consensos sobre los elementos básicos que contienen los instrumentos supranacionales y que abarcan tanto lo sustantivo como lo procedimental.

La normativa supranacional no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del comiso (tan es así que usa indistintamente las palabras sanción y medida para referirse

---

Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos ligados a actividades terroristas las conductas siguientes:
a) el hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos enumerados en el apartado 1 del artículo 1;
b) el chantaje con el fin de proceder a alguna de las actividades enumeradas en el apartado 1 del artículo 1;
c) el libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de llevar a cabo cualesquiera actos enumerados en las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 1 y en la letra b) del apartado 2 del artículo 2."

Tras los atentados ocurridos el 11 de marzo de 2004 en Madrid y el 7 de julio de 2005 en Londres, la DM sufrió modificaciones. A través de la DM 2008/919/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008 se amplió el elenco de conductas punibles.

[99] "Artículo 2
Delitos relativos a un grupo terrorista
1. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por "grupo terrorista" toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por "organización estructurada" se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada."

a él). A pesar de esto, se brinda un concepto que permite articular una respuesta uniforme por parte de los Estados. Comiso es la privación definitiva de un bien que está relacionado con una infracción penal y que es ordenada por un tribunal u otra autoridad competente.

Los bienes que deben estar sometidos a comiso, al menos en principio, son los *instrumentos* y los *productos* de la infracción. Ahora, en tanto que en algunos cuerpos normativos se habla del *producto* en sentido amplio (abarcando lo que en la legislación penal española serán tanto los efectos como las ganancias de la infracción, p. ej., en las Convenciones de NU de Viena, Palermo y Mérida), en otros se le considera sinónimo de provecho económico (v.g., en el Convenio de Estrasburgo; el Convenio de Varsovia; o la DM 2005/212/JAI del Consejo), equiparándose así *producto* y *ganancia*. De la misma manera, aunque en algunos instrumentos supranacionales se contempla solo el producto directamente *derivado* de la infracción (p. ej., el Convenio de Estrasburgo; o las DM 2001/500/JAI y 2005/212/JAI del Consejo), en otros se abarca también aquel derivado indirectamente; los productos que han experimentado transformaciones; que se han mezclado con otros bienes de origen lícito y los beneficios derivados de esos productos[100] (p. ej., en las tres Convenciones de NU ya mencionadas o el Convenio de Varsovia), con lo que se comprenden sobradamente las *ganancias indirectas*.

Los *instrumentos* son los bienes empleados o destinados a ser empleados en la comisión de delitos. Se trata de un concepto que comprende tanto los utilizados para cometer una infracción, como aquellos a los que sin darles ese uso, están dispuestos para ese fin.

Como regla general, la normativa supranacional reconoce el comiso por valor equivalente tratándose del producto, pero no en relación con los instrumentos. Como veremos en los próximos acápites de esta investigación, se trata de una posición correcta ya que el comiso de instrumentos encuentra su razón de ser en la peligrosidad de los objetos y en el propósito de prevenir su empleo en la comisión de nuevas infracciones. Ante este panorama, si el bien no es peligroso (p. ej., ha dejado de existir), o no existe el riesgo de que se use nuevamente para cometer un delito, no hay justificación para el comiso de otros bienes cuyo valor sea equivalente al de ese instrumento que está directamente vinculado con la infracción.

En relación con los delitos en los que se debe aplicar el decomiso, la normativa de las NU es sectorial (la Convención de Viena lo prevé sobre bienes relacionados con el tráfico de drogas, la de Palermo sobre los asociados con la delincuencia organizada y la de Mérida sobre los que atañen a la corrupción).[101] Por su parte, la del Consejo de Europa permite a los Estados hacer algunas reservas (arts. 2.2 párrafo 1

[100] Se prevé el comiso de los bienes en los que el producto se haya convertido o transformado; el decomiso del producto que se ha mezclado con bienes de origen lícito, hasta por su valor estimado; así como cualquier ingreso o beneficio derivado del producto; de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, en la misma medida de éste.

[101] Corrupción, criminalidad organizada y tráfico de drogas, según lo entienden esos mismos instrumentos internacionales.

del Convenio de 1990 y el art. 3.2 del Convenio de 2005). Como se aprecia, nos encontramos ante instrumentos que no conducen a una armonización en este plano. La situación cambia en el espacio de la Unión Europea, pues en primer término, la DM 2001/500/JAI prohibió a los Estados mantener o hacer reservas al Convenio de 1990, en lo relativo al decomiso de bienes vinculados con delitos que contemplasen una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de duración máxima superior a un año (con excepción de los delitos fiscales). No obstante, el paso decisivo se dio con la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, pues a diferencia de la anterior (que solamente pretendía evitar una reducción en el espacio de aplicación del Convenio de 1990), exigió contemplar el decomiso en todas las infracciones penales que tengan prevista una pena privativa de libertad superior a un año.

La normativa de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea prevé algunas formas de comiso que deben contemplar los Estados. Hablo del comiso por valor equivalente (se menciona prácticamente en todos los instrumentos supranacionales que examiné) y el comiso ampliado (DM 2005/212/JAI y 2006/783 JAI del Consejo). Igualmente, es común la alusión al tercero de buena fe y la necesidad de proteger sus derechos.

Aunque en algunos se hace de forma categórica y en otros solapada, prácticamente en todos los instrumentos se contempla la necesidad de invertir de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes.[102] Ésta también es la línea planteada por el Plan de Prevención y Control de la Delincuencia Organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio, que considera preciso estudiar la posibilidad de que una vez dictada la condena contra un delincuente por un delito grave, pueda mitigarse la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en su posesión.[103] De la misma manera, es característico de los instrumentos de NU, el Consejo de Europa y la Unión Europea el hacer depender esta opción de lo dispuesto en el derecho interno de cada Estado. Es decir, un Estado podrá exigir al condenado demostrar el origen legítimo de su patrimonio siempre y cuando eso no contravenga los principios que sustentan su ordenamiento jurídico.

La Decisión Marco 2005/212/JAI, que incorpora el tema del comiso ampliado, no menciona expresamente la inversión en la carga de la prueba. Solamente expone tres hipótesis en las que debería proceder esa clase de comiso. Si bien dos no están

[102] Hay autores que valoran positivamente la inversión de la carga probatoria recomendada en estos instrumentos. P. ej., Aguado Correa señala: *"El comiso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada debe regirse por unos principios parcialmente distintos, sobre todo, en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada. No estaría de más que para estos casos se previese una especie de inversión de la carga de prueba de la certificación de origen, de manera que correspondiese al autor acreditar la procedencia lícita de los bienes. En definitiva, una facilitación de la prueba muy cercana a una inversión parcial de la carga de la prueba."* AGUADO CORREA, Teresa. "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 05, 2003, p. 11. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html.

[103] "*Esta mitigación haría que sea la persona condenada quien tenga que demostrar que ha adquirido dichos activos lícitamente. Si el tribunal no queda convencido, se puede declarar que dichos activos son productos ilegales del delito y confiscarlos."* DOCE N° C 124 de 03/05/2000.

exentas de polémica (pues en una se prevé el decomiso de bienes procedentes de hechos anteriores que no son de la misma clase, sino solamente similares a los que motivan la condena y en la otra se da importancia a la desproporción entre los ingresos legítimos del condenado y el valor de sus activos, lo que supone hacer recaer sobre él la carga de demostrar que no hay tal desproporción), la DM contempla dos extremos que atemperan los riesgos que puedan presentarse. En primer lugar, exige que el órgano jurisdiccional *tenga certeza* sobre el origen de los bienes para disponer su decomiso. Veamos. Tratándose del supuesto previsto en el artículo 3.2.c, la simple desproporción no bastaría para imponer la medida. Se ocupa que órgano juzgador, con base en el examen de las circunstancias del caso concreto, esté convencido de que los bienes se originan en la misma actividad criminal del condenado. Esto también sucede en el caso del artículo 3.2.b, pues el tribunal debe tener certeza acerca de que los bienes proceden de una actividad delictiva del condenado similar a la que motivó la condena. En segundo lugar, la DM hace un llamado a los Estados para hacer prevalecer su normativa en materia de presunción de inocencia, con lo cual ninguna trasposición podría (o mejor dicho, debería) efectuarse, sin considerar previamente los requerimientos que establece el ordenamiento interno en materia de derechos y garantías.

El comiso ampliado, según la DM 2005/212/JAI, no se prevé para el común de las infracciones penales, sino solo para las que se asocian con ciertos fenómenos, en concreto, la criminalidad organizada y el terrorismo. Asimismo, la normativa supranacional (tanto de NU -Convención de Palermo-; como de la Unión Europea -DM 2002/475/JAI Y 2008/841/JAI del Consejo), explican la organización criminal o terrorista como un fenómeno con características determinadas (hablamos v.g., de un grupo estructurado que tiene permanencia en el tiempo y actúa de manera concertada). Según esos cuerpos normativos, el grupo estructurado es solamente el primer componente de la organización criminal o terrorista y no un sinónimo de ésta.

Aunque a nivel de NU se acepta que el comiso pueda ser ordenado por autoridades distintas de las judiciales (lo que es comprensible pues sus instrumentos están dirigidos a países que tienen regulaciones jurídicas muy diversas), en el ámbito europeo, con apego a los derechos y garantías consagradas en el Convenio de Roma de 1950 se descarta esta opción.[104] Ahora, hay instrumentos donde se considera viable que el comiso pueda ser resuelto en vías distintas a la penal (v.g., en la Decisión Marco 2005/212/JAI se invita expresamente a los Estados a considerarlo), lo que supone aceptar que la resolución de este tema pueda estar desprovista de las garantías propias del mencionado proceso.

[104] Así ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA, FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* pp. 402-403.

V. Transposición de la normativa supranacional a la legislación española.

Para que se aplique en cada Estado lo expuesto por los instrumentos supranacionales examinados no basta con trasladar sus normas a la legislación interna. Cada Estado debe regular la figura jurídica del comiso de forma tal que no desconozca los principios fundamentales que se consagran en sus ordenamientos jurídicos, tarea que tiene mayor importancia si se considera que muchas de las ideas contenidas en esos cuerpos normativos no están exentas de polémica, p. ej., el comiso ampliado en relación con actividades criminales que no son las sometidas a juicio y condena, la inversión de la carga de la prueba y el comiso ampliado de bienes propiedad de terceros.

Tratándose del caso español, muchos de los requerimientos expuestos en los acápites anteriores ya habían sido satisfechos a través de la reforma introducida al Código Penal mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre.[105] En concreto, el comiso se extendió a los instrumentos con que se ha preparado la infracción y a las ganancias provenientes de los delitos, con el único límite que supone la adquisición legal del bien por parte de un tercero de buena fe no responsable del delito (a *contrario sensu*, si ese tercero, que puede ser una persona física o jurídica, no reúne ciertas condiciones, el comiso de sus bienes es plausible). No menos importante es el comiso subrogatorio (que recae sobre los bienes en los que se han transformado o convertido los que estaban relacionados directamente con la infracción) y que permite extender la aplicación de la figura en los términos que planteaban las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, así como el Convenio del Consejo de Europa del año 2005.

Ahora bien, en tanto la normativa supranacional contempló el comiso de los bienes *destinados a cometer la infracción*, el legislador español dispuso el comiso de los que se *hayan empleado en su preparación*, hipótesis que no siempre son coincidentes. V.g., el instrumental de laboratorio empleado para preparar un veneno no necesariamente está destinado a cometer el hecho típico posterior (el homicidio), toda vez que no tendrá presencia alguna en la fase de ejecución. De igual forma, un arma de fuego destinada a cometer un homicidio no es un bien que se haya empleado en preparar la infracción.

En la LO 15/2003, igualmente, se previó el decomiso de bienes por un valor equivalente al de los efectos, instrumentos y ganancias cuando no hubiese sido efectiva la medida sobre estos.[106] Hablamos de un comiso por valor equivalente de

[105] Para González Cussac, al menos en lo relacionado con el decomiso común, la mencionada ley da cumplimiento en un grado elevado a la Decisión Marco 2005/212/JAI. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; et ál., *BIMJ*, *op. cit.,* p. 15. Curiosamente, hablamos de una ley que es anterior a la Decisión Marco.

[106] Según Rodríguez Sol, la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre y que en lo que interesa, incorpora el comiso por valor equivalente, supone la trasposición de la obligación contenida en ese sentido por la DM 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001. RODRÍGUEZ SOL, Luis. "La investigación de la delincuencia económica en el espacio judicial europeo." En: *Diario La Ley*. N° 6278, 21 de junio de 2005, Año XXVI, apartado VI. 2. Disponible en:

mayor alcance que el regulado en la normativa supranacional, pues en ésta solo se contempló para el *producto* de la infracción. Finalmente, en la citada ley se incorporó el comiso cuando a pesar de no haber sido impuesta una pena (por exención o extinción de la responsabilidad penal), se ha demostrado una situación patrimonial ilícita.

Con el propósito de satisfacer los requerimientos de la DM 2005/212/JAI,[107] en el año 2010 el legislador español incorporó al Código Penal el comiso ampliado y el comiso de bienes relacionados con cualquier delito cuya pena privativa de libertad fuese superior a un año. En la Exposición de Motivos contenida en el Anteproyecto de LO por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, se indicó: *"Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella. Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividad delictiva cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de la organización criminal. Asimismo, en cumplimiento de las precitada Decisión Marco se faculta a los jueces y tribunales a acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año."*[108]

Como se extrae del texto antes transcrito, los impulsores de la reforma creían que como el comiso solo se aplicaba en relación con infracciones dolosas, España estaba incumpliendo la DM 2005/212/JAI del Consejo. Así las cosas, para adecuarse a ésta, se incorporó el comiso en relación con los delitos imprudentes que tuviesen aparejada una pena privativa de libertad superior a un año.[109] Sin embargo,

---

http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx. No se omite indicar que este autor trata como sinónimos el comiso de valor y la potestad de comiso ampliada, lo que desde mi óptica es incorrecto.

[107] HAVA GARCÍA lo confirma, al manifestar que *"...el objetivo fundamental perseguido con la modificación de la regulación del comiso es su adaptación a lo dispuesto en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Así se reconoce expresamente tanto en el Preámbulo de la Ley como en su Disposición final sexta, en la que se enumeran todas las normas europeas que se incorporan al derecho español mediante la reforma."* HAVA GARCÍA, Esther. "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 160.

[108] DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Comp.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.* Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2009, p. 9.

[109] Algunos autores creen que esa reforma logró armonizar la norma española con la europea. Así, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de Derecho Penal. Par-*

la lectura de la DM nos demuestra que la misma no distingue entre dolo e imprudencia,[110] limitándose a señalar que el decomiso debía proceder en cualquier infracción penal que tuviese aparejada una determinada pena.

Con respecto al comiso ampliado, la DM 2005/212/JAI lo que contempla son las condiciones mínimas en las que debería aplicarse esa clase de comiso. A saber, cuando se trate de infracciones cometidas en el contexto de una organización delictiva que están previstas en determinadas Decisiones Marco; o cuando se trate de una infracción contemplada en la DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y en ambos casos (organizaciones delictivas y terrorismo), cuando se trate de infracciones capaces de generar un beneficio económico y que estén castigadas con penas de cierta gravedad. Con un mayor alcance, el legislador español admitió el comiso ampliado para *cualquier* infracción

---

te General. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2011, p. 975. Esta también es la opinión de Cereijo Soto, para quien la introducción del decomiso en los delitos imprudentes era necesaria *"...no solo para lograr una efectiva armonización con la normativa europea, sino, especialmente, por la desprotección en que se colocaba a la víctima en algunos tipos delictivos (así, por ejemplo, en los homicidios imprudentes o lesiones de los arts. 149 ó 150 del CP cometidos con vehículos a motor, donde se excluía la posibilidad del decomiso de dicho vehículo). Ciertamente, desde el punto de vista de la prevención especial, resulta más eficaz la privación del derecho a conducir vehículos a motor, pero, desde el punto de vista de las víctimas, supone un elemento más para obtener la reparación del daño causado."* CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 7. En este mismo sentido, véase también lo expuesto en el Informe del Consejo Fiscal, contenido en DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 147.

[110] El Consejo General del Poder Judicial indicó que: *"... dicha Decisión Marco sólo dice en su artículo 2° lo siguiente: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de las infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos." Dado que el derecho español solo prevé hasta el momento el comiso para los delitos dolosos... parece que el Anteproyecto ha entendido que la Decisión Marco obliga a ampliarlo a los delitos imprudentes cuya pena privativa de libertad sea superior a un año. Sin embargo, la definición que hace la propia Decisión Marco de los conceptos "producto" ("beneficio económico derivado de una infracción penal") e "instrumento" ("bien utilizado o destinado a ser utilizado [...] para la comisión de una o varias infracciones penales") no indica que esté dirigida a delitos imprudentes. Por el contrario, parece cortada a medida de las infracciones dolosas, y, además, si la anulación del beneficio económico tiene la función preventivo general de eliminar el estímulo motivador del delito, parece claro que su función se dirige a los delitos dolosos. Y, en cuanto a los instrumentos, pese a que cabe hablar de elementos materiales con los que se cometen los delitos imprudentes (por ejemplo, un automóvil en relación con unas lesiones imprudentes por atropello), no obstante el término instrumento parece apuntar también a una cierta intencionalidad."* DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* pp. 67-68. En igual sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010).* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 116: *"...no es difícil demostrar cómo en realidad tal decisión político-legislativa no venía impuesta por la Decisión Marco de referencia... Es evidente que la referencia a delitos con pena superior a un año, en absoluto significa que estos deban ser imprudentes."*

cometida en el marco de una *organización o grupo* criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo.[111] En concreto, el párrafo 2 del art. 127.1 indica:

"*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.*"

Como se extrae de este texto legal, el comiso ampliado no solo se contempló en relación con determinadas infracciones, sino con respecto a *cualquier delito* en tanto esté asociado con terrorismo y criminalidad organizada. Además se incorporó el comiso ampliado sobre el patrimonio de los condenados por delitos realizados al amparo de un *grupo criminal*, entendido éste como una forma de concertación que si bien comparte con la organización criminal el número de integrantes (tres o más personas) y los fines perseguidos (comisión de delitos o faltas de manera reiterada), o carece de estabilidad temporal, o carece de concertación y coordinación en el reparto de tareas o funciones (entiéndase, de una estructura organizacional), o carece de ambos (art. 570 ter CP).

En lo vinculado con la organización criminal los problemas no son menores. En tanto que la normativa supranacional contiene un concepto cuidadosamente delimitado de ese fenómeno (así p. ej., la DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008), el legislador español adoptó uno mucho más extenso en el art. 570 bis CP y en el cual no hay límites en cuanto a la naturaleza o la gravedad de los delitos que realizan esas organizaciones o grupos, llegándose al extremo de contemplar la comisión reiterada de faltas.[112]

Los mismos cuestionamientos caben en relación con el tema del terrorismo, ya que en la LO 5/2010, de 22 de junio, además de considerarse típicas algunas conductas que no necesariamente coinciden con la DM 2008/919/JAI,[113] se elaboró un concepto de *organización* y *grupo terrorista* que parte de los conceptos de *organización* y *grupo criminal* contemplados en los arts. 570 bis y 570 ter CP,[114] lo anterior

[111] González Cussac sugirió en su momento crear un nuevo apartado en el art. 127 que contemplase el decomiso ampliado previsto en el punto c) del artículo 3.2 de la Decisión Marco, pero limitado a las actividades delictivas cometidas en el seno de organizaciones criminales y a los delitos recogidos en la misma Decisión Marco. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; *et ál., BIMJ, op. cit.,* p. 19.

[112] Para Jiménez-Villarejo Fernández, la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia es uno de los propósitos político-criminales de la reforma. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 98.

[113] P. ej., en esta DM no se habla de adoctrinamiento.

[114] Para el terrorismo, a los conceptos de organización y grupo criminal se añade un elemento subjetivo adicional, a saber, el propósito de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública a través de la comisión de los delitos de terrorismo. El artículo 571.3 CP dice que serán *"organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis) y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden consti-*

pese a que, ni para el fenómeno de la delincuencia organizada, ni para el terrorismo, la normativa supranacional exigió al legislador español tipificar la *asociación estructurada* o el *grupo estructurado*. Simplemente los definió pues son un elemento (el más importante) de lo que luego se entenderá por *organizaciones criminales o terroristas*,[115] que son las que se pretende erradicar.

El art. 127 CP incorporó el comiso ampliado en relación con los instrumentos, efectos y ganancias, a pesar de que la Decisión Marco 2005/212/JAI lo restringió al producto, o para ser más precisos, a las ganancias, lo anterior al hacer referencia al provecho económico que deben suponer los bienes a decomisar. Finalmente, en tanto la DM habla de un comiso total o parcial de bienes del condenado, el art. 127 CP excluye la opción de un comiso parcial.

Es claro que la regulación del comiso ampliado en el ordenamiento jurídico español excedió sobradamente lo indicado en los instrumentos supranacionales. Sin embargo, esto no supone un irrespeto de los compromisos adquiridos por el Estado, ya que la Decisión Marco lo que establece son mínimos, de allí que nada impida al legislador interno prever otras hipótesis en las que cabe aplicar dicha potestad.

La legislación española no contempló el comiso ampliado extensible a terceros, o sea el de bienes adquiridos por terceros allegados a las personas cuyo patrimonio es sometido a decomiso ampliado, ni el de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que el condenado o sus allegados ejercen control efectivo, o de la cual recibe buena parte de sus ingresos,[116] lo que tampoco supone un problema en términos de acatamiento de compromisos comunitarios, pues como indiqué en su momento, era una potestad de los Estados (y no un deber) regular esos supuestos. Aunque algunos creen que hubiese sido conveniente hacer eco de dicha norma supranacional en la legislación interna,[117] pues es común el empleo de testaferros,

---

tucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente."

115 En igual sentido, Velasco Núñez considera que ni la DM 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre lucha contra la delincuencia organizada, ni la DM 2002/745/JAI, sobre lucha contra el terrorismo, pretende la clasificación dual del binomio «organización-grupo» que de modo diferenciado incorpora el CP. VELASCO NÚÑEZ, Eloy. "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010." En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 86, Sección Estudios, Octubre 2011, apartado II. Disponible en: http://laleydigital.laley.es.

116 Comparte esta misma opinión, MORÁN MARTÍNEZ, "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit.,* 394.

117 Este es el caso de Cereijo Soto, quien reclama la introducción de dicho supuesto en la ley 4/2010. Indica: *"Finalmente, en cuanto a la exclusión de los allegados, familiares o amigos es, quizás, la omisión más criticable. La existencia en las organizaciones criminales de un entramado de personas intermediarias que el responsable del delito controla o son sus amigos o parientes y donde cabrá demostrar su pertenencia a la organización delictiva y su mala fe en la adquisición del bien, desvirtúan enormemente la eficacia del decomiso en estas organizaciones y resulta sorprendente que el legislador no haya entrado ya en su regulación penal, más aún, cuando la armonización europea no solo lo permite, como se ha analizado anteriormente, sino que parece «exigirlo» a los Estados miembros. Por otra parte, el Tribunal Supremo en su sentencia número 55, Sala Segunda, de 26 de enero de 2010..., ya ha recogido los requisitos para que este decomiso sea respetuoso con el principio acusatorio (...)."* CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la

sean personas físicas o jurídicas, que adquieren los bienes de mala fe con el único propósito de evitar que sean objeto de decomiso, el tema debe examinarse con cuidado, toda vez que el comiso ampliado está diseñado para bienes que no se relacionan directamente con la actividad criminal que se está discutiendo en el proceso, de allí que sea un riesgo admitirlo sobre bienes de terceros, que por su titularidad guardarán mayor distancia con los hechos sometidos a juicio. Aunado a lo anterior, hoy en día el comiso ordinario (por llamarlo de alguna forma que permita distinguirlo del ampliado), se puede imponer sobre bienes de terceros cuando no cumplan con alguna de las tres condiciones que apunta el art. 127 CP (buena fe, ausencia de responsabilidad en el delito y adquisición legal del bien) y como veremos en el próximo capítulo, el testaferro como mínimo, carece de buena fe.

Como indiqué en el anterior acápite, según la Decisión Marco 2005/212/JAI, en el supuesto más estricto los Estados pueden exigir que en el sujeto pasivo del comiso ampliado concurran las siguientes tres condiciones: ser el condenado, el autor de las actividades delictivas de las que proceden los bienes y el titular de estos. El legislador español asumió esta postura tan solo en parte, al exigir que el condenado y el titular de los bienes sea la misma persona. En concreto, el art. 127.1 párrafo 2 CP señala que serán considerados como provenientes de la actividad delictiva *"…el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas."* Es el patrimonio del condenado (y no el de terceros), el que puede ser alcanzado por el comiso ampliado, cuando su valor sea desproporcionado con sus ingresos.

A pesar de que la DM contiene tres hipótesis en las que debe proceder el comiso ampliado, el legislador español solo incorporó la expuesta en el art. 3.2.c. Además la adoptó solo en parte, ya que como requisito para ordenar el comiso, a la desproporción entre el valor del patrimonio y los ingresos del condenado no añadió la necesidad de que el órgano jurisdiccional alcance un juicio de certeza sobre el origen de los bienes, como sí lo contempla dicho instrumento supranacional.

Las hipótesis que el art. 127.1 párrafo 2 no incorporó son las expuestas en los apartados a) y b) del artículo 3.2 de la Decisión Marco, en las que el órgano jurisdiccional con base en el examen de las circunstancias del caso concreto (es decir, con apego a las reglas de la sana crítica racional), llega al convencimiento (certeza), de que los bienes del condenado proceden de la misma actividad delictiva o de otra similar cometida por él, con anterioridad al delito que está siendo sometido a examen. No coincido con quien sostiene que el art. 127 CP incorpora las 3 hipótesis,[118]

ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 7.

[118] Gascón Inchausti considera que el texto sí satisface los requerimientos de la Decisión Marco, pues según él, contempla los 3 supuestos que menciona ésta: *"A nuestro juicio, sin embargo, la redacción del nuevo art. 127.1 II CP también da cobertura a las otras dos modalidades de decomiso ampliado, y de hecho lo hace con creces. En efecto, la regla general del precepto, sentada en su primer inciso, es justamente la de que el tribunal podrá ampliar el decomiso a los bienes «procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal»: no se exige, por tanto, que la*

pues aunque en efecto, el legislador no señaló las características de la actividad criminal que da origen a los bienes (con lo cual puede ser o no de la misma naturaleza que la sometida a condena, abarcando sobradamente los supuestos previstos en los apartados a) y b) citados atrás), al señalar expresamente cuáles bienes se deben considerar de procedencia delictiva (*el patrimonio de los condenados cuyo valor sea excesivo frente a los ingresos legítimos*), creó un límite que solo se puede desconocer haciendo una interpretación extensiva de la norma. De esta manera, se excluye la posibilidad de decomisar bienes en otros casos, p. ej., cuando a pesar de no configurarse la mencionada desproporción patrimonial, hay certeza sobre el origen ilícito (supuesto que es precisamente el contemplado en los apartados a) y b) del art. 3.2 de la Decisión Marco), lo que es un despropósito. Para fundamentar esta conclusión puedo añadir dos argumentos. El primero, consiste en que la descripción de los bienes que se tachan de origen ilícito se introduce con la frase *A estos efectos*, lo que pone en evidencia que se trata de una única disposición y no de dos, como sostiene algún sector de la doctrina, al señalar que el comiso de los bienes procedentes de actividades delictivas anteriores es la regla general y la desproporción patrimonial es solamente una regla probatoria especial, que sirve para facilitar la acreditación de dicho origen. El segundo argumento se relaciona con el comiso de bienes cuyo titular aparente es un tercero. Si interpretásemos que la regulación del decomiso ampliado prevista en el art. 127.1 párrafo 2 contiene dos partes (una premisa general y una disposición de orden probatorio), tendríamos que concluir que el decomiso ampliado se puede aplicar sobre los bienes de terceros, ya que los activos procedentes de actividades criminales anteriores a los hechos sometidos a debate pueden estar bajo su titularidad. Si esto fuese así, también deberíamos concluir que en la legislación española se introdujo el supuesto previsto en el art. 3.3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI, con las graves consecuencias que esto supone en términos de garantías y derechos fundamentales.

Lo antes planteado tiene un problema adicional. El legislador, al dejar de lado toda mención a *la certeza* que debe alcanzar el órgano jurisdiccional sobre el origen de los bienes, también dejó de lado que la DM, así como prácticamente todas las demás regulaciones supranacionales, le invitaban a privilegiar su ordenamiento nacional en materia de presunción de inocencia.

En relación con el tercero de buena fe, la normativa supranacional impone a los Estados la única obligación de proteger sus derechos frente a las decisiones que se adopten en materia de decomiso. Así lo hizo el Estado español, sometiéndolo eso sí, a que el tercero cumpla con tres condiciones (buena fe, irresponsabilidad en la infracción y adquisición legal del bien).

---

actividad delictiva de la que procedan los bienes sea la misma, sino que basta que tanto el delito enjuiciado en el proceso, como la actividad delictiva de la que proceden los bienes decomisados, se inserten en el marco de la actuación de una organización criminal. De este modo, caben tanto el decomiso ampliado del art. 3.2 a) DMD, como el del art. 3.2 b) DMD, pues la amplitud del precepto da cabida a actividades delictivas «similares» a la enjuiciada como origen de los bienes decomisados. La especial regla probatoria del segundo inciso se añade a lo anterior y sirve sólo para facilitar la acreditación de la procedencia ilícita de los bienes decomisados, pero no restringe en modo alguno el amplio alcance de lo dispuesto en el inciso anterior." GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 79.

Siempre sobre la trasposición de la normativa supranacional al ordenamiento jurídico español, en España no se acogió la sugerencia contenida en la Decisión Marco de contemplar procedimientos diversos al penal para privar al autor de la infracción de los bienes relacionados con ella. Tal decisión me parece acertada, ya que el comiso es una medida de carácter sancionatorio conexa con la comisión de una infracción penal, o como mínimo de una conducta típica y antijurídica. Por ese motivo, su imposición no debe estar exenta de las garantías que caracterizan el proceso penal.

Para concluir este capítulo debo referirme a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.[119] Se trata de una ley con la que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico español la DM 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, así como la modificación que de esta norma efectuó la DM 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta ley regula el procedimiento a seguir por las autoridades judiciales españolas para trasmitir a las autoridades competentes de la Unión Europea una resolución de decomiso firme impuesta por la comisión de una infracción penal, o para reconocer y ejecutar en España, una resolución emitida por las autoridades competentes de otro Estado miembro de la Unión Europea.[120]

Aunque es una regulación eminentemente procesal (al igual que lo son las Decisiones marco que incorpora); hay algunos elementos que conviene destacar. En primer lugar introduce en la legislación nacional el concepto de decomiso que emplean los instrumentos supranacionales mencionados y la misma Decisión Marco 2005/212/JAI. En concreto, se entenderá por resolución de decomiso *"la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes."* (Art. 3.1). Hablamos de una sanción o medida firme (entiéndase, con carácter ejecutorio); consistente en la pérdida definitiva de bienes, impuesta por un tribunal -un órgano jurisdiccional- en un proceso penal,[121] pues solamente en esta vía se discute lo relacionado con las infracciones penales. Además, al usar las palabras sanción y medida como sinónimos, dejó de lado toda la polémica que hay en torno a la naturaleza jurídica del comiso.

---

[119] BOE N° 61, 11 de marzo de 2010, pp. 24473 a 24495.

[120] Art. 1 de la Ley. En igual sentido, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 105.

[121] Según Antonio Cereijo, la resolución de decomiso prevista en la ley 4/2010, debe gozar de tres requisitos: *"...debe ser una sentencia o medida firme, impuesta por un órgano jurisdiccional en un procedimiento penal y que contenga una condena de privación definitiva de bienes."* CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 2. Léase también DURBÁN SICILIA, "Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)." En: MARTÍNEZ LAFUENTE, *NUE, op. cit.,* pp. 33-34.

La Ley 4/2010 de 10 de marzo, enunció también los bienes que pueden ser sometidos al comiso: los productos de la infracción o su valor equivalente y los instrumentos de la infracción. No obstante, no da una definición de lo que se debe entender por productos e instrumentos.

Entre los bienes a decomisar, comprende los que pueden serlo *"…con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito."* Hablamos del comiso de bienes efectuado con base en la citada Decisión Marco en el Estado de emisión (sea España o cualquier otro). Como en el ordenamiento jurídico español no se incorporaron todas las hipótesis previstas en el art. 3 de la citada Decisión Marco, la aplicación de esta norma se deberá limitar al único supuesto en que el comiso ampliado fue reglado (en concreto, aquel en el que hay desproporción entre los activos y los ingresos legales del condenado). Dicho en otras palabras, cuando España sea el Estado de emisión, solamente en el caso mencionado *supra* el comiso ampliado estará permitido.[122]

La ley también habla de los bienes que *"…pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión."*[123] Valen aquí las consideraciones antes expuestas. Siendo que en el ordenamiento jurídico español el decomiso ampliado se contempló solo en un caso, cuando España sea el Estado de emisión la

[122] Entiendo que Jiménez-Villarejo Fernández es también de este mismo criterio, pues aunque no lo dice expresamente, señala que la Ley 4/2010 alude a aquellos bienes que puedan ser objeto de decomiso en virtud de los supuestos de potestad de decomiso ampliada prevista en los supuestos alternativos del art. 3.2 de la DM de 2005, cuya incorporación a la legislación interna se produjo mediante la LO 5/2010, *"...en donde opta por la presunción de procedencia de actividades delictivas en supuestos de patrimonio desproporcionado respecto a los ingresos legales."* JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 105.

[123] "Artículo 3. Resolución de decomiso.

1. Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes.

2. A los efectos de esta Ley, la resolución de decomiso podrá afectar a cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido:

a. Que constituyen el producto de una infracción penal o equivalen total o parcialmente al valor de dicho producto.
b. Que constituyen los instrumentos de dicha infracción.
c. Que pueden ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.
d. O que pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión."

aplicación de la Ley 4/2010 también debe limitarse a él. Distinto es que no sea el Estado de emisión, pues ahí sí deberá ejecutar la resolución.[124]

Autores como Cereijo Soto consideran que la Ley 4/2010 es un paso más en la armonización que los Estados miembros deben alcanzar para luchar eficazmente contra la criminalidad, en especial la organizada, sin embargo, cuestiona que no se aprovechase la oportunidad para incluir otras figuras contenidas en la regulación comunitaria, p. ej., el decomiso de bienes de los allegados de los responsables criminales y el decomiso ampliado para los supuestos en lo que no actúe una banda organizada.[125] En sentido diverso, Jiménez-Villarejo Fernández señala que a través de la previsión contenida en el art. 3.2.d) de la Ley 4/2010 se abrió paso al decomiso de bienes de allegados en materia de criminalidad organizada y terrorismo.[126] Aunque en efecto, el art. 3.2.d) autoriza el decomiso de bienes *"…a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión"*, entiendo que si el Estado de emisión es el español no procederá el decomiso de bienes de allegados, pues no se incorporó ese supuesto en la legislación interna. Si, por el contrario, el Estado de emisión es cualquier otro de la Unión Europea que contemple en su ordenamiento el supuesto previsto en el art. 3.3 de la DM 2005/212/JAI (entiéndase, el comiso total o parcial de bienes adquiridos por los allegados de la persona que se trate, así como bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona en cuestión o sus allegados ejerce control, o de la que dicha persona recibe una parte considerable de ingresos, esto en casos de criminalidad organizada y terrorismo[127]), el comiso por parte de las autoridades españolas no necesariamente procederá, ya que según el artículo 19 g) de la misma Ley 4/2010, la ejecución puede denegarse *"Cuando el Juez considere incompatible con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución la resolución adoptada en aplicación de las disposiciones sobre la potestad de decomiso ampliada a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 3"*. Decomisar bienes que tienen una relación tan lejana con la infracción que motiva la

---

124 Así se desprende del artículo 19. g) de la Ley 4/2010. También señala la doctrina: *"Se advierte que no existe mención alguna a la previsión contenida en el artículo 8.3 de la Decisión Marco en relación con la posible denegación por el juez de la ejecución de decisiones de decomiso ampliado, que se correspondan con otras opciones del artículo 3.2 DM 2005/212/JAI no recogidas en el Código Penal español. La inexistencia de motivo de denegación basado en este apartado obliga al Juez español a ejecutar cualquier decomiso acordado en atención a las posibilidades de decomiso ampliado que plantea la DM de 2005 en el apartado 2 del artículo 3."* JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.*, p. 113.

125 CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 7.

126 JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 105.

127 "Artículo 3.

3. Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados.

La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica."

condena, como sucede con los bienes que se pretenden abarcar con el comiso ampliado sobre bienes de allegados, puede ser cuestionable desde una perspectiva constitucional (p. ej., por quebrantar el derecho a la propiedad), razón por la que estimo dudoso que las autoridades españolas puedan aplicar esa figura jurídica.

Para concluir este acápite, es necesario señalar que la Ley 4/2010 se relaciona con la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la LO 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.[128] Ambas son regulaciones de carácter procesal, orientadas como su nombre lo apunta, a asegurar provisionalmente los bienes que luego pueden ser decomisados.

[128] Ambas en el BOE N° 134, 6 de junio de 2006.

CAPÍTULO III. EL COMISO DE EFECTOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL, LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE Y SUS REFORMAS DE 2003 Y 2010 (LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE Y LO 5/2010, DE 22 DE JUNIO)

A través de la LO 10/1995 de 23 de noviembre, nació a la vida jurídica el Código Penal actual. En él se consideró el comiso una consecuencia accesoria, categoría completamente novedosa, pues en los Códigos Penales anteriores se le había catalogado como pena pecuniaria, pena accesoria y medida de seguridad.

Posteriormente, mediante las LO 15/2003 de 25 de noviembre[1] y 5/2010 de 22 de junio,[2] esa figura sufrió reformas importantes que serán descritas a continuación.

I. El artículo 127 del Código Penal y sus reformas.

El texto original del artículo 127 contenido en la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, rezaba:

"*Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.*" [3]

Según este artículo de un único párrafo, el comiso es una consecuencia accesoria de la pena impuesta por un delito o una falta dolosos; es de aplicación preceptiva y recae sobre los efectos provenientes del delito o la falta y los instrumentos con que se haya ejecutado la infracción (no así aquellos con los que se haya preparado). El comiso de las ganancias, antes reservado para algunas infracciones,[4] se convierte en una medida aplicable a cualquier delito, sin embargo, no sucede lo mismo con la faltas.

[1] LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003.
[2] LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 152, 23 de junio de 2010.
[3] LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 281, 24 de noviembre de 1995, p. 34003.
[4] Delitos de tráfico de drogas y cohecho.

La norma prevé el comiso subrogatorio (entiéndase el que recae sobre los bienes en los que se hayan transformado o convertido los que estaban relacionados directamente con la infracción) y el comiso de bienes propiedad de terceros. La excepción requiere que el bien sea de un tercero que cumpla simultáneamente tres condiciones: haber actuado de buena fe, no ser responsable del delito y haberlo adquirido legalmente.

Como se ve, el cambio de pena a consecuencia accesoria supuso el abandono del rigor asociado a la figura del comiso. No solamente se amplió el ámbito de aplicación en términos objetivos (se incluyeron las ganancias); sino también en términos subjetivos (pues se admitió el comiso de bienes de terceros en ciertas circunstancias).[5]

Con el propósito de evitar cualquier enriquecimiento de los intervinientes en el delito y mejorar su represión, en especial la del blanqueo de capitales y el tráfico de drogas,[6] mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se reformó el art. 127 CP. Éste se dividió en cuatro apartados que incorporaban múltiples novedades.[7] En concreto, se desvinculó el comiso de la pena. Se autorizó al órgano jurisdiccional para decretar la medida en los casos donde no habiéndose impuesto una pena (sea porque la persona fue eximida de responsabilidad criminal, o porque esa responsabilidad se extinguió), se ha demostrado una situación patrimonial ilícita. De esta manera, aunque en la primera parte del art. 127 la pena se mantuvo como presupuesto para la aplicación del comiso, ya no lo era con carácter imprescindible. También se amplió el ámbito de aplicación del comiso, al incluir los instrumentos con los que se ha preparado la infracción (y no únicamente los empleados en su ejecución, como lo

[5] En igual sentido, RAMÓN RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, N° XXIV, 2002-2003, pp. 528-529.

[6] Así se indica en la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003, p. 41843.

[7] "1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.
Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.
2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.
3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.
4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán."
LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003, pp. 41851-41852.

hacía el texto original). Tratándose del objeto del comiso, se incluyeron los vocablos *bienes y medios*, así como las ganancias provenientes de las faltas. Finalmente, se incorporó el comiso de bienes por valor equivalente, entiéndase el que recae sobre otros bienes que son parte del patrimonio de los responsables del hecho, lo anterior cuando no es posible aplicar el comiso directamente sobre los instrumentos con que se preparó o ejecutó el delito o falta doloso, o sobre los efectos y las ganancias procedentes de dicha conducta.

A través de la LO 5/2010, de 22 de junio, se han introducido los cambios más recientes a la figura jurídica. El texto del art. 127 ha quedado redactado de la siguiente manera:

"Artículo 127.

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no

lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán."[8]

La norma extiende el ámbito de aplicación del comiso al exigir (usa el término *deberá*) al órgano juzgador ordenar su imposición sobre los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Igualmente se contempla una presunción,[9] pues se debe entender como proveniente de esa actividad el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista, o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de cada una de dichas personas.

Además, la reforma incorpora el comiso potestativo de los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias en materia de delitos imprudentes, siempre y cuando estén sancionados con una pena privativa de libertad superior a un año. Es decir, la regulación del comiso aplicable a hechos dolosos se traslada a los imprudentes que tengan aparejada una pena superior al año de privación de libertad, aunque con carácter potestativo.

Según Muñoz Conde y García Arán, el comiso en delitos imprudentes fue suprimido en el Código Penal de 1995, básicamente porque es difícil pensar en alguno que produzca un enriquecimiento ilícito a su autor y porque al no existir intención de delinquir, la pena impuesta ejerce suficiente efecto admonitorio para prevenir la comisión de nuevos delitos imprudentes.[10] A pesar de estas observaciones, ha vuelto a la vida jurídica con la reforma indicada, con el propósito de cumplir con la Decisión Marco 2005/212/JAI que como indiqué en el anterior capítulo, sin distinguir entre dolo e imprudencia, exige a los Estados contemplar el comiso en cualquier infracción que tuviese asociada una pena superior al año de privación de libertad. En todo caso, no parece insólito admitir el decomiso en infracciones imprudentes, ya que, contrario a lo que mencionan dichos autores, es plausible que éstas generen ganancias (piénsese p. ej., en un blanqueo de capitales imprudente). Del mismo modo, por las características del bien, el comiso de efectos o instrumentos puede devenir necesario (v.g., el decomiso del instrumento intrínsecamente peligroso con que se comete un homicidio, o unas lesiones imprudentes -veneno o armas prohibidas-).

Finalmente, con la LO 5/2010 se abrió la puerta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consecuencia de esto también la del comiso (en todas las variantes que ofrece el art. 127 CP) sobre los efectos, instrumentos y ganancias de las infracciones cuya autoría pueda atribuírseles.

---

[8] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 152, 23 de junio de 2010, p. 54836.

[9] En el preámbulo de la ley se admite expresamente que, para facilitar la aplicación de la medida, se estableció una presunción en torno a la procedencia del patrimonio de actividades delictivas. LO 5/2010, BOE N° 152, 23 de junio de 2010, p. 54815.

[10] MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, pp. 621-622.

II. De la pena a la consecuencia accesoria: la transformación del comiso.

Imponer la pena de comiso, como cualquier otra pena, se supeditaba al cumplimiento de ciertos requisitos. Era necesario que un órgano jurisdiccional declarase al titular (o titulares) de los bienes a decomisar, responsable de haber cometido una conducta típica, antijurídica culpable y punible.[11] Además, como el sistema estaba regido por el principio *societas delinquere non potest*, el ámbito de aplicación subjetiva del comiso se reducía a las personas físicas, o expuesto de otra manera, era una medida proscrita en relación con bienes propiedad de personas jurídicas o colectivos a los que no se les reconocía capacidad criminal.[12]

En el Código Penal de 1995 el comiso se convirtió en consecuencia accesoria. Tal y como lo pretendía el legislador español,[13] al dejar de estar sometido a los principios que rigen la imposición de las penas (v.g., personalidad y culpabilidad), perdió el rigor que lo caracterizaba. Se abrió la puerta al comiso de bienes pertenecientes a terceros (pues ya no se requería demostrar que el condenado era el propietario de los efectos, instrumentos o ganancias); el decomiso de bienes de personas jurídicas o entes colectivos (a los que en aquel entonces no se les reconocía capacidad penal y en ese tanto, no se les podía imponer penas)[14] y el decomiso en los casos en los que a pesar de no haberse aplicado una pena principal, se había demostrado la existencia de una situación patrimonial ilícita (o en otras palabras, un hecho típico y antijurídico).[15]

---

[11] Así lo indican GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.); BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 444; RAMÓN RIBAS, Eduardo. "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005, p. 660.

[12] Con esta orientación GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 444; RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 527; RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 660. En ambas obras Ramón Ribas apoya sus afirmaciones en la opinión de Gracia Martín en torno a este tema.

[13] De esta opinión RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 532. RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 661. Para este autor el objetivo no se consiguió por completo, pues la figura mantuvo buena parte de su rigidez.

[14] Es con la LO 5/2010, de 22 de junio, que se reconoce la capacidad penal de las personas jurídicas.

[15] Sobre la transformación del comiso en consecuencia accesoria, señala Ramón Ribas: *"Es importante subrayar que los cambios introducidos por la Ley Orgánica 10/1995 nacen precisamente con la pretensión, en parte conseguida, de hacer más flexible, más ágil, un instrumento hasta entonces,... excesivamente rígido como consecuencia de su configuración como pena accesoria. Por una parte, era preciso acreditar plenamente que la cosa sobre la cual iba a recaer el comiso pertenecía a una determinada persona cuya responsabilidad penal era necesario declarar previamente; por otra, esto último, resultaba imposible, como hemos visto, cuando el titular del bien era una persona jurídica, pues ésta siempre será considerada un tercero, dada su incapacidad criminal, en relación con el delito o falta; además, la concurrencia de causas de inculpabilidad, de eximentes, por tanto, de naturaleza personal que, sin embargo, no eliminan la antijuricidad del comportamiento, anulaba la operatividad del comi-*

No obstante simplificar la labor a los operadores jurídicos, la transformación del comiso no está exenta de polémica en el ámbito doctrinario, sobre todo porque el debate en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias sigue sin resolverse.[16]

Aunque el Código Penal no se pronuncia con respecto a este tema[17] nos da algunas claves para iniciar su estudio. La primera es la ubicación sistemática del comiso. La figura fue incluida en el Título VI, denominado *De las consecuencias accesorias*. El nombre de este acápite, a pesar de incluir el término *accesorio*,[18] es independiente de los destinados a regular las penas, las medidas de seguridad y la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales. Es decir, para el legislador español el comiso es una consecuencia jurídica diferente de las ya mencionadas. Por otra parte, bajo la denominación consecuencias accesorias el comiso fue equiparado con una serie de medidas que estaban previstas en un primer momento para los delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas[19] y con las que tenía en común su problemática naturaleza.[20] Esta situación no cambió tras la LO 5/2010, pues si bien

---

so, pues su accesoriedad lo era respecto de una pena principal, dependiendo su imposición de la previa comisión, de forma responsable, de un injusto individual." RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* pp. 532-533.

16 Véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* pp. 32-33.

17 Aguado Correa considera la posibilidad de que el legislador español de manera consciente no se haya pronunciado sobre la naturaleza de las consecuencias accesorias, al no corresponderle resolver los debates doctrinales. AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem,* p. 31.

18 Autores como Manzanares Samaniego critican esa denominación, por imprecisa, pues no estamos ante una consecuencia accesoria de la pena. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia.* Granada, Editorial Comares, Tomo I, Parte General (Artículos 1 a 137), 2010, p. 923.

19 El artículo 129, antes de la reforma introducida mediante LO 5/2010, rezaba:

"1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a. Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b. Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c. Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d. Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e. La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma."

20 La doctrina debatió ampliamente sobre la naturaleza jurídica de las medidas contempladas en el art. 129 anterior a la reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio. Según Tamarit Sumalla, algunos autores las consideraban simplemente inclasificables o peculiares y otros una tercera vía sancionatoria en el seno del Derecho penal. Había quienes les negaban el carácter penal y las estimaban medidas de carácter administrativo. Tamarit Sumalla menciona también a los autores que las catalogaban como medidas coercitivas de carácter no sancionador y como auténticas penas.

las disposiciones contenidas actualmente en el art. 129 CP tienen el mismo alcance que las penas que se imponen a las personas jurídicas, al estar destinadas a colectivos que carecen de dicha personalidad[21] siguen sin poder considerarse, o al menos no sin obstáculos, dentro de las clásicas consecuencias de la infracción penal.[22]

Finalmente, para él (Tamarit Sumalla) las medidas del 129 eran el germen de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. TAMARIT SUMALLA, Josep. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, pp. 1158-1160, 1164. Sobre el tema señala Mapelli Caffarena: *"El nuevo Código Penal ha incorporado un Título dentro del que el legislador decide incluir el comiso y otras consecuencias de diversa naturaleza que se encontraban dispersas a lo largo de la parte especial y que tenían como destinaria inmediata la persona jurídica. Su intención se ha limitado a mejorar la sistemática del texto legal. Más allá es imposible encontrar una respuesta firme a las dudas sobre la naturaleza jurídica del comiso y estas otras medidas… En la doctrina encontramos una rica variedad de propuestas sobre la cuestión que prácticamente agotan todas las que son imaginables, y en todos los casos hay una pacífica coincidencia en que resulta más fácil decir lo que no son las consecuencias accesorias que lo que son. Los esfuerzos dirigidos a encontrar una naturaleza común a todas estas otras consecuencias del delito resulta baldío. La doctrina no alcanza a buscar elementos positivos comunes a todas ellas, sino tan solo a destacar cuales son los obstáculos que impiden incluir las reacciones aquí recogidas en cualquier de las categorías clásicas."* MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *Revista Penal.* Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Año 1, N° 1, 1998, pp. 46-48.

[21] En lo medular, el art. 129 del Código Penal vigente señala que tratándose de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, el órgano juzgador les podrá imponer a éstas una o varias de las consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito y que están previstas en los apartados c) a g) del artículo 33 apartado 7 del Código Penal:

"Artículo 129. 1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7.

Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7."

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE N° 152, 23 de junio de 2010, pp. 54836-54837. Según Muñoz Conde y García Arán, aunque el contenido de las medidas en este caso es idéntico al de las penas previstas para las personas jurídicas, se denominan consecuencias accesorias toda vez que se considera que a los colectivos sin personalidad jurídica no se les puede imponer una pena. MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 633. Por su parte, Morales Prats indica: *"A la vista de la introducción del artículo 31 bis, el artículo 129 CP pasa a asumir una función residual. Lo que antes era el estatuto de consecuencias accesorias para las personas jurídicas ahora pasa a ser un estatuto de responsabilidad penal residual para infracciones penales cometidas en el seno, con la colaboración o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de*

Con independencia de la posición que adoptemos en torno a la recién creada responsabilidad penal de las personas jurídicas; las penas previstas para éstas y las medidas que prevé el art. 129 para los colectivos que carecen de esa personería (temas que no son objeto de examen en esta investigación), en el Título VI del Libro I del Código Penal continúan agrupándose disposiciones cuyo nexo cardinal es la dificultad para poder ser consideradas penas, medidas de seguridad o medidas dirigidas a la reparación de las consecuencias civiles derivadas de la infracción. Incluso, si concluyésemos que las medidas del actual art. 129 CP son básicamente penas aunque con otro nombre (pues se aplican a colectivos sin personalidad jurídica),[23] esta circunstancia sería intrascendente a efectos de determinar la naturaleza jurídica del comiso, pues tratándose de este instituto, hay argumentos de peso para descartar que se trate de una pena.

Así las cosas, para definir la naturaleza jurídica del comiso como consecuencia accesoria, en primer lugar es indispensable reconocer su autonomía frente a las

---

personas que carecen de personalidad jurídica. La definición del ámbito del artículo 129 se efectúa en negativo, por exclusión de lo que no cabe en el artículo 31 bis CP. El artículo 129 prevé que a estas empresas o entes sin personalidad jurídica se podrán imponer las penas, ahora denominadas consecuencias accesorias, previstas en las letras c) a g) del artículo 33.7 CP." MORALES PRATS, Fermín. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, p. 67. También Ramón Ribas señala: *"El artículo 129,... ya no podrá aplicarse a las personas jurídicas, pues,... aun orientadas sus consecuencias a sujetos o entes colectivos, éstos deben carecer de personalidad jurídica."* RAMÓN RIBAS, Eduardo. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 764. Sobre este tema, véase también NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL, *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* pp. 970-971.

[22] P. ej., Ramón Ribas considera que el reconocimiento de la capacidad criminal de las personas jurídicas evidencia que la falta de personalidad impide extender a esos entes colectivos dicho reconocimiento, de ahí que el legislador se conforme con prever un conjunto de medidas que permitan actuar contra ellas. RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 770.

[23] Sobre el vínculo que hay entre las actuales medidas del artículo 129 y las penas dirigidas a las personas jurídicas, Fernando de la Fuente Honrubia señala: *"Con motivo de la anterior regulación de estas medidas se había planteado la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica no existiendo consenso pues se defendió que se trataba de penas, de medidas de seguridad o incluso de medidas de carácter administrativo impuestas en un proceso penal. Sin embargo, un núcleo doctrinal importante defendía que se trataba de un "tertium genus" de las consecuencias jurídicas del delito, diferentes de las penas y de las medidas de seguridad, impuestas sobre el instrumento utilizado en la comisión del delito con efectos fundamentalmente inocuizadores o de control de la peligrosidad delictiva. Con la nueva regulación, sin embargo, dicha conceptualización ha de cambiar necesariamente, al menos desde un punto de vista formal. El legislador ha pretendido que las consecuencias accesorias tengan el mismo alcance y el mismo fundamento que las penas que se imponen a personas jurídicas, con la diferencia de que exclusivamente pueden imponerse a entidades sin personalidad jurídica. Por tanto, el aspecto distintivo no es la medida en sí, sino los sujetos destinatarios de las mismas quienes, en este caso, no pueden ser penalmente responsables y no pueden imponérseles estas medidas como consecuencia de su propia acción (lo que sí sucede en el caso de personas jurídicas) sino como consecuencia de la acción de personas físicas que operan en el tráfico jurídico a través o por cuenta de aquéllas."* DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 163-164.

medidas previstas en el art. 129 del Código Penal.[24] No menos importante es saber que el art. 127 contiene diferentes clases de comiso cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diverso.[25]

A pesar de reconocer estas diferencias, un sector de la doctrina ha hecho un esfuerzo por hablar de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como si se tratase de un grupo homogéneo (o al menos así sucedió hasta antes de la reforma introducida por la LO 5/2010).[26] La misma situación se ha dado con respecto al

[24] Son muchos los autores que reconocen esta circunstancia. Por ejemplo, Tamarit Sumalla estima las consecuencias accesorias constituyen una especie de cajón de sastre en el que se encuentra por una parte el comiso y por otra, las sanciones previstas en el art. 129. TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, *et. ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.,* p. 1164. Sobre la autonomía del comiso frente a las medidas del artículo 129, véase también AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 35; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 621 y FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 946.

[25] Luz María Puente Aba lo señala expresamente: *"En el ordenamiento español podemos distinguir dos tipos diferentes de comiso, en función de los elementos sobre los que recae (art. 127 CPE): el comiso de los efectos e instrumentos procedentes de un delito o falta, y el comiso de las ganancias derivadas de estos últimos. Cada una de las dos modalidades posee un fundamento diferente…"* PUENTE ABA, Luz María. "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional).* Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, N° 10, 2006, p. 853.

[26] García-Pablos de Molina, v.g., entiende que: *"La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias ha dado lugar a una viva polémica en la doctrina española. Prescindiendo de quienes no toman postura al respecto por estimarlas inclasificables, peculiares; o restan interés al problema, puede observarse un rico abanico de opiniones: unos autores…mantienen la naturaleza penal de estas consecuencias accesorias, si bien advirtiendo que no se trata de penas ni de medidas de seguridad sino de una tercera vía sancionatoria en el seno del Derecho Penal; otros, por el contrario, afirman que son medidas de carácter administrativo, medidas de carácter asegurativo basadas no en el poder punitivo sino en el poder coercitivo del Estado y orientadas a la defensa preventiva de bienes jurídicos; no faltan opiniones a favor de la tesis que equipara las consecuencias accesorias a las propias penas; o a las medidas de seguridad…"* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.,* pp. 150-151. Nótese que este autor habla en términos generales de las consecuencias accesorias. Sin embargo, al examinar las obras que él a su vez menciona, descubro que Cerezo Mir, para concluir que las consecuencias accesorias son medidas de carácter administrativo, centró su estudio en las medidas contempladas en el art. 129 CP, que para ese entonces se dirigía a los colectivos con personalidad jurídica (y a los que este autor no les reconocía capacidad en términos penales). Es decir, no examinó la figura del comiso. Véase CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Madrid, Editorial Tecnos, 2° reimpresión de la 6° edición, Tomo II, 2005, p.73. De igual manera Zugaldía Espinar, al sostener que las consecuencias accesorias merecen la consideración de penas, no valoró el comiso, limitando su análisis a las medidas contempladas en el art. 129 (texto anterior a la reforma de 2010). ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001, p. 896. Finalmente, si bien López Garrido y García Arán dijeron en su momento que las llamadas consecuencias accesorias constituían una categoría en ocasiones cercana a las sanciones de tipo administrativo, al ejemplificar esta afirmación citaron solamente el caso de la clausura de empresas, medida contenida en el art. 129 CP. LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, no indica editorial, 1996, p. 82. En síntesis, al hablar de la naturaleza de las consecuencias accesorias, en ningún caso los autores men-

comiso, pues no siempre se marca la distinción entre el comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias.[27] Hecha esta aclaración, abordaré los planteamientos que se han hecho en relación con el comiso como categoría unitaria.

Para algunos autores se trata de una medida *sui generis*,[28] que por no encontrar un lugar dentro de las tradicionales consecuencias jurídicas del delito, constituye una *tercera*[29] *o cuarta*[30] *categoría*. De manera prácticamente unánime se descarta que el comiso sea una pena, pues no guarda proporción con la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor, con lo cual no se puede individualizar adecuadamente (así, v.g., Muñoz Conde y García Arán,[31] Saavedra Ruiz;[32] Manzanares Samaniego;[33]

---

cionados (y a los que remite García-Pablos de Molina), abordaron el tema del comiso. Creo que la búsqueda de respuestas unitarias para la categoría de las consecuencias accesorias lo único que ha causado son confusiones. Cito un ejemplo: Gracia Martín sostiene que para López Garrido y García Arán las consecuencias accesorias son medidas de carácter administrativo o civil (GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 447). Sin embargo, como acabamos de ver, cuando estos dos autores hablan de medidas próximas a las sanciones administrativas no están mencionando el comiso, sino una de las medidas contempladas en el artículo 129 CP.

[27] V.g., para García-Pablos de Molina, el fundamento del comiso en términos generales, es *"privar al delincuente de los instrumentos, efectos y ganancias derivados del delito, de acuerdo con exigencias político-criminales particularmente sentidas en determinadas parcelas de la delincuencia."* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.,* p. 147.

[28] P. ej., MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*. Madrid, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Volumen 1, Enero/Diciembre, 37/40, 1983, p. 244; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.,* pp. 148 y PUENTE ABA, Luz María. *La regulación del comiso en el Código Penal Español.* Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 24 de marzo de 2009, p. 5. Disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/.

[29] V.g., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 545; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Editorial Universitas S.A., 3° reimpresión de la 1° edición, 2004, p. 57 y RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 540.

[30] Hay autores como Borja Mapelli Caffarena que hablan de las consecuencias accesorias como "cuarta vía", pues no son ni penas, ni medidas de seguridad, ni consecuencias reparatorias derivadas del delito. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* pp. 48-49.

[31] MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 620.

[32] Según Saavedra Ruiz el comiso no se compagina con los principios de proporcionalidad y divisibilidad propios de la aplicación de las penas, incluso a pesar de que el art. 128 ya introdujo ambos, permitiendo que los jueces o tribunales no lo decreten, o lo hagan parcialmente. SAAVEDRA RUIZ, Juan. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.); LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Comentarios al Código Penal.* Barcelona, Editorial Bosch, S.A., Tomo II, 2007, p. 843.

[33] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.,* pp. 244-245; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXV, Fascículos II y III mayo-diciembre, MCMLXXXI, p. 614. En relación con la entonces pena de comiso, este autor señaló: *"... si los ordenamientos jurídicos recogen en su arsenal de penas la confiscación especial como mal a sufrir por el delincuente, no por su peligrosidad, sino de acuerdo con la entidad del injusto y la culpabilidad del reo, tropezarán con el*

Choclán Montalvo[34]; Prats Canut y Morán Mora[35]). Mapelli Caffarena plantea similares observaciones, indicando que su imposición no depende de criterios relacionados con la culpabilidad del infractor, ni está sometida a las reglas de determinación de las penas, en cuyo catálogo además no se incluye.[36] El comiso no es una pena, pues de serlo no cabría decomisar los bienes propiedad del inimputable, o de terceros ajenos a la infracción.[37]

El tema de las finalidades de la pena también ha sido tratado por algunos autores para negar al comiso tal carácter. Mir Puig estima que este instituto ni se prevé como una amenaza dirigida a disuadir de cometer el delito, ni como un castigo merecido por éste. Agrega que no responde a ninguna de las finalidades de la pena, ni a la prevención mediante la motivación, ni a la retribución.[38] Esta también es la opinión de Saavedra Ruiz[39] y de Antonio García-Pablos de Molina, autor que hace suyos los razonamientos de Mir Puig.[40]

Al comiso también se le niega el carácter de medida de seguridad toda vez que no busca abordar la peligrosidad del sujeto. Así lo estiman Choclán Montalvo;[41] Mir Puig,[42] Muñoz Conde y García Arán[43] y Manzanares Samaniego, según el cual los fines de mejora y reeducación que inspiran las medidas de seguridad solo se alcanzan mediante medidas personales en sentido estricto.[44] Finalmente, Mapelli Caffa-

---

obstáculo insalvable de la individualización…" MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de comiso." En: *Revista de Estudios Penitenciarios.* Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, Año XXXIII, N° 216-219, enero-diciembre 1977, p. 36.

[34] El comiso no es un instrumento de reacción frente a la culpabilidad por el hecho. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia.* Madrid, Dykinson, 2001, p. 28.

[35] Según ambos autores el comiso tiene problemas para ajustarse a los principios de proporcionalidad y divisibilidad, lo que dificulta su correcta individualización. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 647.

[36] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 48.

[37] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, ibídem,* p. 50.

[38] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Editorial Reppertor, reimpresión de la 7° edición, 2005, p. 767. En otra obra, indica: *"Hay que señalar que, aunque el comiso se consideraba en el CP anterior como una pena, lo cierto es que no encajaba bien con esta denominación, pues su finalidad no es punitiva, esto es, imponer un mal que sea sentido como tal y con alguna de las finalidades que pueden darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial. La finalidad del comiso no es más que privar al delincuente de los medios por los que cometió el delito o de los efectos económicos del delito."* MIR PUIG, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 06-01, 2004, p. 3. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html.

[39] Saavedra Ruiz se limita a señalar que el comiso no es conciliable con los principios de prevención de la pena. SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 843.

[40] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.,* pp. 148-149.

[41] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 28.

[42] MIR PUIG, *DPPG, op. cit.*, p. 767.

[43] MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 620.

[44] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del*

rena estima que a diferencia de lo que sucede con el comiso (que puede alcanzar bienes que no pertenecen al responsable de la infracción), las medidas de seguridad tienen un carácter personal.[45]

La jurisprudencia también reconoce que el comiso es difícilmente conciliable con la pena y su fundamento. En concreto, porque ha sido excluido del catálogo de las penas;[46] porque no responde a los fines preventivos de éstas y porque su aplicación no atiende a los principios de proporcionalidad y divisibilidad que caracterizan su imposición, incluso a pesar de que el art. 128 CP abre la puerta a la aplicación de tales principios, autorizando a los operadores jurídicos a no decretar el comiso o hacerlo parcialmente. [47] Aunado a esto, el Tribunal Supremo le considera una tercera clase de sanción penal, al margen de las penas y las medidas de seguridad.[48]

Como se aprecia, son abundantes las coincidencias en relación con lo que el comiso no es (una pena o una medida de seguridad, entendidas como consecuencias jurídicas clásicas asociadas a una infracción), sin embargo la situación es diversa cuando hablamos de lo que sí es, entiéndase, cuando se trata de determinar su naturaleza jurídica. Creo que esto solo se puede dilucidar separando los diversos tipos de comiso existentes y estudiándolos de manera individual.

Lo que en este momento podemos descartar es que el comiso sea una pena. El art. 128 le otorga un carácter facultativo en ciertas circunstancias (lo que no sucede con las penas, cuya imposición es preceptiva) y en su imposición se desconocen principios básicos de la materia, v.g., el de culpabilidad y personalidad. Según el primero, la pena solo se puede fundar en la constatación de que un determinado hecho se puede reprochar a su autor. Es decir, la pena supone culpabilidad, de allí que quien actúa sin ella no puede ser sancionado.[49] De manera distinta el comiso puede alcanzar bienes que no pertenecen al responsable de la infracción, e inclusive, puede imponerse en casos donde no se ha decretado alguna pena. Al ser admi-

---

Nuevo Código Penal, op. cit., p. 245. Según este autor, *"Por lo que hace a la medida de seguridad, conviene recordar las palabras de Florián acerca de que ninguna medida patrimonial, incluido el comiso, puede cumplir un fin de reeducación y mejora. Ciñéndonos a los "instrumenta" y "producta sceleris", cabe admitir que su peligrosidad objetiva devenga en peligrosidad del sujeto, pero ello no significa que la pérdida de tales cosas constituya una medida de seguridad en sentido estricto… la medida de seguridad sólo puede proponerse o la readaptación del peligroso (medidas de curación, educación y corrección) o su segregación física (medidas de seguridad propiamente dichas)… En definitiva, el comiso tal vez disminuya la peligrosidad del sujeto, al privarle de sus instrumentos físicos de actuación, pero no lo reeduca ni segrega."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 37-38. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 924.

[45] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50.

[46] A manera de ejemplo, se pueden consultar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: N°397/2008 de 1 julio; N° 314/2007 de 25 abril y N° 94/2006 de 10 febrero.

[47] STS N° 32/2009 de 7 enero.

[48] STS N° 16/2009 de 27 enero.

[49] Sobre la noción de culpabilidad por el hecho como base de la individualización de la pena, véase CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena.* Madrid, Colex, 1997, p. 86.

sible el comiso de bienes de terceros, también se ignora el principio de personalidad de las penas, según el cual no es posible castigar a alguien por un hecho ajeno. No menos importante es que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho cometido, precepto que no siempre se respeta al imponer el comiso. P. ej., cuando el titular del bien decomisado no es el autor de la infracción, sino únicamente un partícipe, o un tercero ajeno a la infracción que no adquirió el bien legalmente. Si bien el art. 128 consagra el principio de proporcionalidad, lo cierto es que su aplicación solo se prevé en ciertas hipótesis y no como regla general.

El comiso tampoco puede ser considerado una medida de seguridad, pues se impone sobre determinados bienes (los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción) y no sobre la persona que la comete y cuya peligrosidad (entendida como la posible comisión a futuro de conductas contrarias al ordenamiento jurídico)[50] es intrascendente. Aunque en algunos casos, el comiso de bienes intrínsecamente peligrosos, o que son peligrosos en la medida en que están a disposición de una persona determinada, puede evitar la comisión de nuevas infracciones penales, eso no significa que nos encontremos ante una medida de seguridad, ya que a diferencia de lo que sucede con éstas, el comiso no se interesa por la peligrosidad criminal del autor de la conducta[51] y en ese tanto, no tiene como objetivo su readaptación o reinserción social.[52] En síntesis, el comiso no busca evitar que el individuo que ha demostrado su peligrosidad mediante la comisión de una infracción penal cometa una nueva infracción en el futuro.[53] Finalmente, el comiso suele asociarse a la sanción que se impone a imputables, lo que no sucede con algunas de las medidas de seguridad. Éstas también son susceptibles de revisión y cese, mientras que el comiso resuelve de manera definitiva sobre la titularidad.

---

[50] *"La peligrosidad hay que entenderla como la probabilidad de delinquir que, para el futuro, manifieste quien ya haya cometido un hecho previsto como delito (peligrosidad postdelictual). A este respecto, el artículo 6° establece que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan."* LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena.* Valencia, Tirant lo Blanch, 6° edición, 2005, p. 318.

[51] Así lo indican GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 37.

[52] Para Manzanares Samaniego, el comiso no persigue ni la reeducación ni la segregación del peligroso, como sí sucede con las medidas de seguridad. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 37-38. Sobre las palabras de Manzanares Samaniego es importante hacer dos observaciones. La primera, el autor escribió esta obra antes de la entrada en vigor de la actual Constitución Política que en su art. 25.2, señala que las medidas de seguridad deberán estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. La segunda, la doctrina actual admite que dicha norma no excluye la aplicación de medidas de seguridad que tengan un fin predominantemente asegurativo. Para ampliar sobre este tema, consúltese GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 438.

[53] Según Mir Puig, las medidas de seguridad *"No se imponen como reacción frente al delito cometido, sino para evitar otros en el futuro, pero se entiende que la peligrosidad del sujeto sólo queda suficientemente comprobada cuando el mismo ya ha cometido un delito. Un ejemplo de medidas de seguridad postdelictuales lo ofrece la regulación prevista para el enfermo mental que comete un delito, según el cual éste podrá ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico o sometido a un tratamiento ambulatorio. El sentido de estas medidas no es infligir un mal al enfermo mental por el delito cometido, sino sustraerle del estado psíquico que pudo llevarle a delinquir, para que no vuelva a hacerlo. El delito anterior se considera, sin embargo, la prueba necesaria—aunque no sea por sí sola bastante— de que el enfermo mental encierra suficiente peligrosidad criminal."* MIR PUIG, *DPPG, op. cit.*, p. 54.

Los argumentos antes expuestos confirman la decisión del legislador de separar el comiso de las restantes consecuencias jurídicas de la infracción, a través de su ubicación bajo una rúbrica diversa. No obstante, también es evidente que llamarlo consecuencia accesoria no es lo idóneo, pues la accesoriedad del comiso con la pena es limitada. Lo deseable sería dotar a esta figura de autonomía, pues tiene características que lo diferencian de las penas, las medidas de seguridad, la responsabilidad civil derivada de la infracción y las medidas previstas en el art. 129 CP. Según explicaré más adelante, es necesario regular de forma separada cada clase de comiso, ya que su naturaleza jurídica, fundamento y orientación teleológica varía considerablemente.

III. Clases de comiso.

Para clasificar el comiso tomaré como punto de referencia el objeto sobre el que puede recaer el mismo. Tenemos el comiso de los efectos que provienen de un delito o falta, de los bienes, medios o instrumentos empleados en su preparación o ejecución y de las ganancias provenientes también de un delito o falta.

El listado de bienes sobre los que puede imponerse esta medida es mayor si se considera que el art. 127 CP incluye el comiso de los bienes en los que se hayan podido transformar los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción (comiso subrogatorio), el comiso de bienes por un valor equivalente a esos efectos, instrumentos y ganancias (comiso por valor equivalente) y el comiso ampliado (que recae sobre el patrimonio de los condenados por infracciones relacionadas con la criminalidad organizada y el terrorismo). Los motivos por los cuales se priva al titular de los derechos patrimoniales que tiene sobre estos bienes, varía según se trate del comiso de efectos, instrumentos o ganancias, de ahí que sea indispensable hacer un análisis pormenorizado de las distintas clases de comiso.

A. Comiso de efectos e instrumentos.

En primer término, corresponde determinar qué se debe entender por efectos provenientes del delito o falta y por instrumentos empleados en su comisión o preparación. Luego examinaré la regulación de otros países sobre el comiso de efectos e instrumentos, así como el fundamento y naturaleza jurídica que éste tiene en la legislación española. A lo largo de estas páginas, también expondré mi posición sobre el tema.

1. Concepto de efectos.

De manera unánime, la doctrina considera efectos provenientes del delito o falta, los bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción (v.g., el dinero falsificado). A partir de este punto encontramos las discrepancias, pues en tanto algunos autores optan por una interpretación restrictiva que se ajusta a lo antes expuesto, otros prefieren darle un contenido más extenso.

Mapelli Caffarena señala que la doctrina dominante excluye de la categoría de los efectos, los objetos de la infracción penal.[54] Sin embargo no es tan extraño leer obras recientes en las que sus autores (incluido el mismo Mapelli Caffarena[55]) abogan por una interpretación extensiva en este ámbito. P. ej., Gallego Soler habla de efectos como "*…todos los bienes o cosas que se encuentran en poder del delincuente -mediata o inmediatamente- como consecuencia de la infracción*."[56] También es de este criterio Zaragoza Aguado[57] y Saavedra Ruiz, quien cree en un concepto que abarque tanto el objeto de la infracción y *"…todos los bienes y objetos obtenidos por el sujeto a partir del hecho delictivo,… de lo que se trata es de anular cualquier ventaja obtenida a partir del hecho ilícito. Así un automóvil, o cualquier otro objeto adquirido con el dinero procedente del delito es susceptible de comiso porque se trata de un supuesto de transformación."*[58] Como se ve, la interpretación de Saavedra Ruiz es tan amplia que, además del objeto de la infracción, puede alcanzar las ganancias, a pesar de que el art. 127 ya contempla el comiso de éstas de manera autónoma. En un sentido similar aunque más comedido, Prats Canut y Morán Mora;[59] Peris Riera y Plá Navarro;[60] así como Gascón Inchausti,[61] señalan que bajo la categoría efectos, se pueden comprender los objetos de la infracción. Es éste también el criterio de la Fiscalía General del Estado (Circular N° 2/2005, de 31 de marzo)[62] y de Mapelli Caffa-

[54] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 51; CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Editorial Tecnos, 2011, p. 372.

[55] MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 5° edición, 2011, pp. 413-414.

[56] GALLEGO SOLER, José Ignacio. "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 299.

[57] ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* pp. 415-416.

[58] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 844.

[59] En este sentido, PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 649.

[60] PERIS RIERA, Jaime Miguel; PLÁ NAVARRO, Cristina. "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 962.

[61] Por efectos *"...pueden entenderse los objetos producidos o derivados de la infracción, incluidos a veces los bienes que son en sí objeto de la infracción: así, v.g., son efectos los documentos falsificados, los alimentos adulterados o las drogas elaboradas."* GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 63.

[62] *"Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplía y conforme con el espíritu de*

rena, quien como adelanté, considera que interpretar el vocablo efectos de manera que se entienda referido solo a lo producido o transformado por la infracción excluyendo su objeto, *"da lugar a una imposibilidad de decomiso de las armas en un contrabando de las mismas, de las cosas sustraídas cuando no se conoce el dueño o de un paquete de acciones que han sido puestas a la venta fraudulentamente. Solo la específica referencia a los objetos, en algunas ocasiones como en los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, permite que pueda decomisarse la droga."*[63] Igual es la opinión de Choclán Montalvo, para quien cabe el comiso del objeto del delito cuando se trate de bienes de tenencia ilícita y que por ende, son objetivamente peligrosos para la colectividad.[64]

Otros autores que siguen el criterio más restrictivo, entienden que los efectos constituyen una categoría diversa de los objetos de la infracción. Este es el caso de Aguado Correa;[65] González Cussac;[66] García Arán[67] y Gracia Martín. Éste último indica que el vocablo efectos *"…comprende a los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. Según la opinión dominante, no pueden tener la consideración de efectos del delito y no podrán ser por ello decomisados, las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas. Esta exclusión parece lógica y obligada en la mayor parte de los casos en*

---

la institución determina que se consideren como efectos todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.)." FGE. Circular N° 2/2005 de 31 de marzo, sobre la Reforma del Código Penal en relación con los Delitos de Tráfico Ilegal de Drogas. Disponible en: http://www.fiscal.es.

[63] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 51.

[64] *"…además cabe el comiso del objeto del delito, pero en este último caso sólo cuando se trata de bienes de tenencia ilícita, aunque respecto de ello no hay referencia expresa en la regulación general y la regulación especial es parcial (drogas -art. 374-, géneros de contrabando -art. 5 Ley de Contrabando-) y no alcanza de manera expresa a todos los bienes que deberían ser decomisados (armas prohibidas, explosivos, etc.). La jurisprudencia ha manejado un concepto amplio de "efectos del delito", comprensivo de los objetos de ilícita tenencia, para tratar de paliar esta oscuridad del legislador, en la que ha insistido el Código penal de 1995. La ilicitud de determinados objetos como las drogas o los explosivos deriva precisamente de su peligrosidad objetiva para la colectividad, por lo que no hay obstáculo para entender comprendidas en la relación del art. 127 las cosas poseídas ilícitamente, sin que ello suponga merma del principio de legalidad al ser compatible esta conclusión con el tenor literal, y respecto de las cuales los tribunales deben restablecer la seguridad debida."* CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 41.

[65] AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 14-15.

[66] Para este autor, los efectos son *"los objetos creados, transformados o manipulados desde la propia conducta delictiva (v.gr. los documentos falsificados), pero no las cosas que constituyen el objeto de la infracción misma (dinero, joyas)."* GONZÁLEZ CUSSAC, José. "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; *et ál., BIMJ, op. cit.*, p. 14.

[67] Ella considera que si el objeto pertenece a la víctima, está excluido del comiso por razones de especialidad normativa, ya que corresponderá restituirlo de conformidad con el art. 110 CP. Si pertenece al autor y procede del delito (es efecto de éste), cabe su decomiso por el enriquecimiento ilícito que suponen. En otros casos, p. ej., la tenencia de armas, cabrá su comiso por ser bienes peligrosos objetivamente. GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).* Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 953.

que el objeto material está representado por una cosa que será perteneciente a la propia víctima. Esto no es, sin embargo, siempre así, pues en algunos delitos el objeto material es propiedad del mismo autor; así por ejemplo sucede con las armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de armas o explosivos, con la droga en el delito de tráfico de drogas… Para que el objeto material del delito pueda decomisarse, por ello, será preciso que se incluya una regulación específica que excepcione la regla general. Así lo hace nuestro Derecho con respecto a la droga (art. 374 CP) y con respecto a las mercancías que sean objeto de contrabando (art. 5.a Ley de Contrabando).”[68] En esta misma línea de ideas encontramos a Manzanares Samaniego, quien desde hace muchos años (inclusive desde antes de que se contemplase el comiso de las ganancias como una regla general en la legislación española), ha sostenido que la categoría de los efectos debe interpretarse restrictivamente, tal y como lo hace la doctrina alemana para su propia legislación.[69] Según él, con el término *efecto* se alude al producto o resultado de la infracción criminal, *“…el fruto de ella en el sentido de que se obtiene algo que no se tenía antes.”*[70] Dentro de los efectos, incluye los *producta sceleris* en sentido estricto, o sea, los bienes producidos por la acción típica (p. ej., el documento falsificado, la moneda falsificada o la droga, cuando resultan de la propia mecánica comisiva)[71], pero no los *scelere quaesita*, o en otras palabras, lo obtenido por medio de la acción criminal, sea adquirido directamente por ella (*scelere quaesita* en sentido estricto, p. ej. el botín del hurto), o bien obtenido mediante un *productus sceleris* (el llamado *fructus sceleris*, v.g., lo comprado con dinero falso, o el dinero recibido por el receptador al vender la cosa). Tampoco son *producta sceleris* los objetos del delito (p. ej., los explosivos o armas poseídos sin licencia), o los simples medios de prueba.[72] El criterio restrictivo también es secundado por Vizueta

[68] GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* pp. 450-451.

[69] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 51-52. En otra obra, este mismo autor señala: *“… las normativas italiana, de un lado, y suiza y alemana de otro, favorecen la interpretación restrictiva de lo que sean los productos del delito, y eso porque en los tres ordenamientos –con uno u otro nombre- el comiso tiene una triple proyección, sobre los instrumentos, sobre los productos y sobre el provecho o ganancia. El panorama se ensombrece cuando la proyección solo tiene dos términos: los instrumentos y los efectos provenientes del delito… Para nosotros los efectos provenientes del delito sólo comprende con seguridad los producta en sentido estricto, tal y como aparecen en la doctrina alemana. Las ganancias o provecho deberán ser mencionadas expresamente junto a los instrumentos y productos…”* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* pp. 630-631. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal.” En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N° 1342, 25 Marzo 1984, p. 5. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es.

[70] Véase además MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 927.

[71] MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros.” En: *AP, op. cit.,* p. 524; MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 246.

[72] *“No constituye instrumento o producto del delito las cosas a las que aquél solo “se refiere”, como ocurre con la pistola poseída sin autorización administrativa o la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Así lo reconoce indirectamente el Código Penal español al considerar el vehículo de motor o el ciclomotor en su artículo 385 como instrumento de los delitos imprudentes del artículo 381 (la ampliación no se debe a que en el artículo 127 sólo se recoja el comiso para infracciones criminales dolosas, sino al deseo de abarcar lo que no es instrumento en sentido propio). Tampoco son decomisables en ninguno de ambos conceptos el precio de venta de las cosas receptadas o el botín del cazador*

Fernández. Éste considera que los efectos deben provenir de la infracción; ser producidos por ella, con lo cual se abarcan *"…tanto aquellos que son originados por el delito, esto es, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como aquellos otros que si bien preexisten a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de ésta."*[73] A pesar de esta apreciación, Vizueta Fernández no excluye todos los objetos de la acción típica de la categoría de los efectos, pues para él lo importante no es que sean la cosa material sobre la que recae esa acción, sino que encuadren o no en una determinada definición del vocablo efectos. Un ejemplo según él, es el siguiente: *"Las sustancias alimenticias destinadas al consumo de una colectividad de personas de las que habla el artículo 365 del Código penal, constituyen el objeto de la acción típica (consistente ésta en adulterar con sustancias infecciosas), pero al mismo tiempo el alimento adulterado con tales sustancias infecciosas constituye un efecto del delito, pues su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización del mismo."*[74] Finalmente, Aguado Correa estima que el término efectos abarca los objetos que sean producto directo de la infracción, los producidos por ésta, excluyéndose aquellos objetos sobre los que recae la acción típica. Según esta autora, si el legislador hubiese empleado el término efectos de manera

---

furtivo. No hay que confundir los instrumentos o productos del delito, de un parte, y los objetos de la acción delictiva o los medios de prueba, por otro. Ha de evitarse también la inclusión en los producta sceleris de lo que sólo es ganancia, o precio como modalidad de ésta." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 51-52. En esta última obra Manzanares Samaniego examina la doctrina alemana en relación con los bienes que pueden considerarse productos, a efectos de aplicarles la *Einziehung*. Tratándose de la normativa alemana, autores como Maurach consideraban que el comiso era aplicable a los *producta sceleris* e *instrumenta sceleris,* excluyendo los objetos simplemente obtenidos por el hecho (ej., la cosa en el hurto), o que han sido objeto del mismo (v.g., sustancias explosivas y armas tenidas ilegítimamente). MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal.* Traducido por CÓRDOBA RODA, Juan. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1962, p. 523. En otra obra, Manzanares Samaniego apunta: *"La conclusión es que no son producta sceleris los scelere quaesita en sentido estricto (así, el botín, aparte de la dificultad que para el comiso supondría la propiedad de tercero), ni los objetos de la infracción, ni el fructus sceleris conseguido a través del producto original, ni la ventaja patrimonial lograda. Tampoco son objetos provinientes del delito —ni instrumentos, como se verá más adelante— lo que simplemente «se refiere» al mismo, como sucede con el arma tenida ilícitamente. Los únicos objetos incluidos en el artículo 48 del Código penal español son, a nuestro entender, los provinientes directamente de la infracción criminal, como producidos mediata y materialmente por ella."* MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Comiso. Artículo 5." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público.* Madrid, Edersa, Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, 1984, p. 418.

[73] VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* N° 13-02, 2011, p. 16. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 926. En esta obra Manzanares Samaniego cree afortunado que se haya incluido el término ganancias en el art. 127, pues evitará forzar el entendimiento de lo que es efecto de la infracción, para incluir los *producta scaeleris*; los *scelere quaesita* y el *fructus scaeleris*, aunque sigue el riesgo de incluir el objeto.

[74] VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 19. Léase también VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos." En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 6, noviembre 2006, p. 11. Disponible en: http://www.iustel.com.

extensa, no habría mencionado, p. ej., las drogas como objeto de comiso en el art. 374 CP.[75]

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se decanta por un criterio amplio, con el propósito de privar al condenado de cualquier ventaja que pueda obtener por el delito.[76] Así, en las SSTS 398/1999 de 11 de marzo y 1002/2004 de 16 de septiembre se definen los efectos como *"todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción."* Se trata de una interpretación tan dilatada, que alcanza tanto el objeto de la infracción como las ganancias con independencia de las transformaciones que hayan podido experimentar. Finalmente y a modo de ejemplo, pues hay muchas otras sentencias en igual sentido,[77] en la sentencia N° 11/2011 de 1 de febrero, el Tribunal Supremo corroboró esta postura, al incluir expresamente el objeto de la acción típica cuando esté en poder del delincuente como consecuencia de la infracción. En concreto, la resolución señala: *"Por efectos se entiende, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.)."*

Desde mi óptica, el término *efectos* comprende únicamente los bienes producidos por medio de la acción típica (ej., el dinero falsificado). El término no abarca los bienes obtenidos por medio de la acción criminal (v.g., el dinero hurtado o el vehículo comprado con dinero falsificado), pues estos entran en la categoría de las ganancias, expresamente prevista en el artículo 127 CP. Prueba de esto es que a pesar de que el comiso de los efectos estaba contemplado como regla general en la normativa penal anterior a la LO 10/1995, el legislador consideró necesario prever el comiso de las dádivas y presentes en el delito de cohecho.[78] Desde entonces tenía claro que esos bienes (las ganancias) formaban una categoría ajena a la de los efectos y es precisamente, en la LO 10/1995, que introdujo su comiso como una regla de aplicación general.

---

[75] AGUADO CORREA, Teresa. "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 503.

[76] El Tribunal Supremo ha interpretado con amplitud el término *efectos* desde que el comiso era catalogado como pena accesoria. Por ejemplo, en la STS 430/1995 de 22 de marzo, la Sala de lo Penal señaló que los efectos *"se identifican con las consecuencias originadas, también con los objetos producidos o derivados de la infracción. El problema surge a la hora de determinar su exacta definición y concretamente si como efecto del delito ha de comprenderse igualmente al «objeto» de la infracción. Si la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, se debe entender que los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentren, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción."*

[77] SSTS N° 430/1995 de 22 marzo; 77/2007 de 7 febrero; 483/2007 de 4 de junio; N° 397/2008 de 1 julio y N° 16/2009 de 27 enero. En estas sentencias la Sala de lo Penal del TS interpretó ampliamente el término efectos e incluyó los objetos de la infracción.

[78] Véase por ejemplo, el art. 393 del Código Penal, Texto revisado de 1963, p. 246 y del Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, p. 112. Una vez que el legislador introdujo el comiso de ganancias como regla genérica, la disposición que regulaba el comiso de las ganancias en el cohecho deviene innecesaria. Lamentablemente, el legislador la ha mantenido para el cohecho y el tráfico de influencias. El art. 431 del texto actual del Código Penal, señala: "En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso."

Tratándose del objeto de la infracción, entiéndase, el bien sobre el que recae la conducta típica, la situación debe plantearse cuidadosamente. Lo determinante no es que tenga esa característica, sino que además de eso pueda ser catalogado como un *efecto* de la infracción, caso en el cual su comiso tiene asidero en el art. 127 CP. Expuesto en otras palabras, la condición de objeto sobre el que recae la conducta no excluye *per se* la inclusión de un bien en la categoría de los efectos.

El art. 127 habla no solo de efectos, sino de efectos que *provienen* de la infracción, verbo éste (*provenir*) que circunscribe el ámbito de lo decomisable, pues solamente se puede considerar efecto lo que se origina con la infracción (porque nace con la infracción, o porque con la infracción es sometido a transformaciones).[79] Al igual que cualquier otro bien, el *objeto* puede ser considerado *efecto* cuando provenga de la conducta criminal (p. ej., el documento público que es sometido a alteraciones en sus elementos esenciales, es el objeto sobre el que recae la acción típica prevista en el art. 390.1 CP y a su vez, el producido con ésta) y por ende, no puede negarse su comiso.

En síntesis, el vocablo *efectos* debe interpretarse restrictivamente. Solamente es efecto el bien proveniente de la infracción (el originado o transformado por ella), con independencia de que sea a su vez el objeto sobre el que recae la conducta típica. Así las cosas, la condición de objeto no impide catalogar el bien simultáneamente como un *efecto*.[80]

No obstante lo expuesto, si se estima necesario contemplar el comiso de los objetos sobre los que recae la conducta como regla general, de manera que se eviten problemas con el comiso de los bienes que, teniendo tal carácter, no pueden considerarse simultáneamente efectos (o incluso instrumentos o ganancias de la infracción), lo que corresponde es reformar el art. 127 ya mencionado. Se debe incorporar el objeto de la infracción y a la vez exigir su peligrosidad, pues solamente cuando se dé esa circunstancia (sea porque el objeto sobre el que recae la conducta típica es peligroso intrínsecamente, o porque lo es encontrándose a disposición de alguien), tendrá sentido el comiso. Este es el caso, p. ej., de las drogas o las armas poseídas sin autorización. Otra respuesta podría ser ampliar el elenco de tipos penales de la Parte Especial que prevén el comiso de los objetos sobre los que recae la acción típica, lo anterior cuando no tienen simultáneamente la condición de instrumentos, efectos o ganancias. El legislador lo puede hacer p. ej., en el delito de te-

[79] El vocablo provenir según la Real Academia Española, tiene el siguiente contenido: *"Dicho de una persona o de una cosa: Nacer, originarse, proceder de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etc."* RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

[80] Entiendo que ésta opinión la comparte Fernández Pantoja, que en cuanto a los efectos e instrumentos de la infracción, cree que el examen del caso concreto será lo que determine cuáles bienes se puedan calificar de esa manera, sin que sea admisible *"...el encorsetamiento del término a una relación tasada e inmodificable."* FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 980. Es decir, *prima facie* no se puede descartar que el objeto de la infracción, p. ej., sea también efecto o instrumento de ésta.

nencia de un arma prohibida,[81] o en la misma receptación. Pensemos v.g., en alguien que con ánimo de lucro y con conocimiento de un delito contra el patrimonio en el que no intervino, oculta los efectos de ese delito (art. 298.1 CP). En esta hipótesis fáctica, el objeto material sobre el que recae la conducta (ocultar) está integrado por los efectos del delito previo, que en relación con la receptación, no son efectos, ni instrumentos, ni ganancias.

2. Concepto de instrumentos.

El legislador ha hecho dos reformas en relación con el comiso de los instrumentos. Incluyó el comiso de aquellos con los que se preparó la infracción e incorporó en el art. 127 los términos *bienes* y *medios*.

Hecha esta observación, diré que los instrumentos son los objetos materiales e inmateriales de los que se sirve el autor para preparar o ejecutar la infracción. Para la doctrina, son *"aquellos objetos usados para la realización de la acción delictiva"*;[82] *"los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal"*;[83] *"... los útiles para cometer el robo o la falsificación, las armas empleadas en el atraco, el capital con que se monta el negocio del narcotráfico, el vehículo de motor usado para el contrabando o para trasladar a la víctima que después será violada..."*;[84] o *"...aquello de lo que se sirve el autor o el partícipe para la ejecución de un delito..."*.[85] Gracia Martín habla de los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan sido útiles para su ejecución, v.g., *"...las armas con que se hayan ejecutado la muerte o las lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de que se haya servido el falsificador."*[86] Aunque todas estas definiciones se centran en la ejecución del delito no son igualmente correctas, pues en tanto algunos autores analizaron el art. 127 del CP anterior a la reforma de 2003, otros tuvieron a su disposición el texto legal reformado y en el cual se incluyó el comiso de los instrumentos que han sido utilizados en la *preparación* del hecho.[87] Aunado a

[81] Dice Ayo Fernández: *"...no existe ninguna previsión al respecto para los delitos de tenencia ilícita de armas en los artículos 563 y ss. del nuevo Código Penal..."* AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias.* Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 1997, p. 274.
[82] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál., Manual de DPPG, op. cit.,* p. 468.
[83] PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 649.
[84] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 523.
[85] CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 373.
[86] GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 450.
[87] P. ej., la obra de SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál., Manual de DPPG, op. cit.,* es del año 2008. De igual forma la obra de PRATS CANUT; MORÁN MORA, denominada "Título VI. De las consecuencias accesorias", que se encuentra en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, es del año 2004, con lo cual no se justifica que hayan omitido, al hablar de los instrumentos de la infracción, aquellos con los que se ha preparado ésta. Igual sucede con la obra de Gallego Soler, pues habla de los instrumentos como *"...los útiles empleados para la ejecución del delito."* GA-

esto, el art. 127, desde sus orígenes, ha contemplado las faltas, de ahí que no se encuentre explicación a la insistencia de buena parte de la doctrina por aludir únicamente a los delitos.

Aunque algunos autores creían necesario añadir a los *instrumentos* los términos *bienes y medios*,[88] otros autores se mostraron disconformes, pues desde su óptica el término instrumento es bastante amplio.[89] Esta última postura me parece correcta. El *instrumento*, según la Real Academia Española, es *"aquello de que nos servimos para hacer algo"*, *"aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin"*. *Bienes*, al menos en la acepción que aquí interesa, se define como *"cosas materiales e inmateriales en cuanto objetos de derecho"*. Finalmente, el término *medios* se define como "*cosa que puede servir para determinado fin."*[90] Tras examinar esos conceptos, concluyo que la palabra *instrumento* también abarca los *medios* (pues incluye las cosas empleadas para hacer algo). Ahora, si admitiésemos que los vocablos *medios* y *bienes* no tienen la misma relación (pues este último está referido a las "cosas" y

---

LLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 299.

[88] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál., Manual de DPPG, op. cit.,* p. 467. Aunque ellos señalan que el comiso de efectos e instrumentos debe extenderse a los bienes y medios, no dan las razones de su posición.

[89] *"...la inclusión de esta nueva fórmula no añade nada nuevo al objeto del comiso que ya quedaba perfectamente delimitado con el empleo del omnicomprensivo término "instrumentos".* RODRÍGUEZ PUERTA, María José. "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, Editorial Aranzadi, 3° edición, 2004, p. 652. Véase también FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 113; AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 4; AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 503; GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 954. De igual forma, señala Muñoz Cuesta: *"... el término instrumentos ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice..."* MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004*, *op. cit.,* p. 294. Lamentablemente, en su obra Muñoz Cuesta no da a conocer las razones por las cuales considera que con la palabra instrumento se alude a una cosa mueble, singular además y con las palabras medios o bienes, a las inmuebles. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 928; PUENTE ABA, Luz María. "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *Actualidad Penal*. Madrid, La Ley, N° 39, Tomo 2003-3 (correspondiente a los Números 31 a 47-48), 2003, p. 991; PUENTE ABA, "La regulación del comiso en el Código Penal Español"*, op. cit., p.* 13 y FGE, Circular 1/2005, Sobre aplicación de la reforma del código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte). Disponible en: http://www.fiscal.es.

[90] RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*

éstas a su vez se definen como objetos materiales, *"en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales"*), la situación es distinta con la palabra instrumento, pues no hace referencia a la materialidad de la cosa, con lo cual también los comprende.

En la búsqueda del significado que se le debe atribuir al término *instrumentos*, igualmente es importante analizar el caso del comiso en las infracciones imprudentes. En el pasado, la legislación penal española contemplaba el comiso en términos generales, sin profundizar en la naturaleza dolosa o culposa de la infracción. A raíz de esto, parte de la doctrina señaló que si bien tratándose de los delitos imprudentes podía hablarse de *producta sceleris* en sentido estricto (v.g., el documento en una falsedad cometida por imprudencia) y de ganancias, no se podía hablar de *instrumenta sceleris,* pues no hay una relación intencional entre el objeto y el resultado. En suma, se consideraba que el concepto de *instrumenta sceleris* pasaba por la intencionalidad del autor al emplear el objeto para ejecutar la infracción.[91] Esta discusión acabó con el Código Penal de 1995, pues en él se circunscribió la aplicación del comiso a las infracciones dolosas. Es ahora con la LO 5/2010, de 22 de junio, que se introdujo nuevamente el comiso en relación con las infracciones imprudentes, sin embargo no hay lugar para la polémica, ya que con la reforma queda claro que *los instrumentos son simplemente los bienes empleados en la preparación o ejecución de la infracción sin que sea necesario que exista la relación de medio a fin que se describió antes, entendida como sinónimo de intencionalidad*. Y es que no puede negarse, p. ej., que el arma de fuego empleada para cometer un homicidio imprudente es tan instrumento de la infracción como la que se emplea para cometer un homicidio doloso.

Autores como Vizueta Fernández son del criterio que la incorporación del término *bienes* en el art. 127 CP acaba con el problema de los instrumentos en hechos imprudentes, ya que a diferencia de lo que sucede con las palabras instrumen-

[91] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 46-47, 56 y 69. En otra obra, Manzanares Samaniego señala: *"Pensamos que la instrumentación recogida en el repetido artículo carece de sentido en la infracción culposa, porque encierra necesariamente una relación intencional con el resultado. A mayor abundamiento esta interpretación -respetuosa con el texto legal- evita hasta cierto punto que la vulneración del principio de proporcionalidad se extienda como mancha de aceite desde las infracciones de dolo directo hasta las imprudencias leves."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 626. Es importante aclarar que estas observaciones de Manzanares Samaniego se realizan con base en una legislación que no contemplaba de forma expresa el comiso de instrumentos en las infracciones imprudentes. En sentido contrario, CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; DEL TORO MARZAL, Alejandro; CASABÓ RUIZ, José-Ramón. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1972, p. 197: *"Un segundo problema que también aquí se plantea es el de si toda clase de delitos, o únicamente los dolosos, deben dar lugar al comiso de los instrumentos de la infracción. La solución radica, a nuestro juicio, en el primer extremo de la alternativa: instrumentos para la ejecución del delito, pueden ser empleados tanto en los hechos dolosos como en los culposos. La palabra "instrumentos" encierra, sin duda, un requisito de preordenación de medio a fin, pero la disposición del artículo 48 no refiere, en absoluto, tal preordenación a un resultado típico, sino, según hemos ya indicado, a la ejecución del delito. Téngase en cuenta que, conforme ha sido expuesto, también los delitos culposos requieren la existencia de una voluntad, aunque no dirigida al resultado típico."*

tos y medios, aquel término está exento de todo carácter instrumental[92] (pues no alude a una relación medio-fin que es buscada por el autor de la conducta). Desde mi óptica la inserción de dicho vocablo no tiene la importancia que Vizueta Fernández le atribuye. Es un término innecesario, pues queda abarcado por el término *instrumentos*. Lo relevante, repito, es la inclusión del comiso en delitos imprudentes y el cambio que a raíz de esto debe operarse en el significado que se otorga al instrumento, desproveyéndolo de todo contenido intencional.

Siempre en relación con estos temas, me parece cuestionable que el legislador haya mencionado en el art. 127 CP los instrumentos con que se ha *preparado* la infracción imprudente, pues la preparación supone precisamente esa intencionalidad que caracteriza a los hechos dolosos. Además, tratándose de las infracciones imprudentes, no es posible sancionar conductas anteriores a la consumación de la infracción. A diferencia de lo que sucede con los delitos dolosos, donde cabe punir la tentativa, e incluso algunos actos preparatorios cuando así lo ha señalado el legislador, en las infracciones imprudentes tal opción se descarta, de allí que cuando hablemos de instrumentos en este contexto, necesariamente serán los empleados en la ejecución de la infracción y no en su preparación, con lo cual dicha referencia es innecesaria.

Sobre los objetos de la infracción (v.g., la droga en un delito de tenencia) y aquellos que se mencionan o describen en el tipo penal (p. ej., la pistola poseída sin autorización administrativa), Manzanares Samaniego entiende que hay que diferenciar entre estos y el objeto que sirve para preparar o ejecutar la infracción (que recibiría el calificativo de instrumento).[93] Según él, prueba de que constituyen una categoría diversa a los instrumentos es la presencia de normas en el ordenamiento jurídico penal que contemplan su comiso.[94] Añade que los objetos *a los que se refiere* la infracción carecen de una ordenación finalista, pues no es el autor de la infracción quien elige un determinado bien para ejecutar el hecho, sino que esa relación viene predeterminada legalmente.[95] Como señalé, la ordenación finalista en los

---

[92] VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 18.

[93] Véase el art. 564 del CP de 1995. En este sentido se manifiesta MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 56-57. En otra obra de mayor antigüedad, este mismo autor indicó la necesidad de diferenciar entre lo que sirve para ejecutar el delito y aquello que únicamente se refiere al mismo. Por ej., el arma poseída sin autorización. MANZANARES SAMANIEGO, "Comiso. Artículo 5." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público, op. cit.,* p. 419. Vid también MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.,* p. 6.

[94] *"Así lo reconoce indirectamente el Código Penal español al considerar el vehículo de motor o el ciclomotor en su artículo 385 como instrumento de los delitos imprudentes del artículo 381 (la ampliación no se debe a que en el artículo 127 sólo se recoja el comiso para las infracciones criminales dolosas, sino al deseo de abarcar lo que no es instrumento en sentido propio."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524.

[95] *"... la conducción ilegal es precisamente de un vehículo de motor, la tenencia ilícita de arma exige el arma y no otra cosa. No todo elemento material del delito es instrumento para la comisión del mismo. Así sucede con el objeto de la infracción. Sostener que en la conducción ilegal de automóviles éste*

términos en que la describe Manzanares Samaniego ha dejado de ser necesaria desde que se incluyó el comiso de bienes en infracciones imprudentes. De la misma manera, el hecho de que el tipo penal describa un bien, o determine la relación que debe tener ese bien con la infracción, al punto de exigirla en ciertas casos, no excluye *per se* su condición de instrumento.[96] Ésta deberá determinarse casuísticamente, a la luz de la norma concreta. P. ej., los mecanismos instalados para cometer una defraudación de fluido eléctrico y que son uno de los medios que prevé el art. 255 CP para que se configure el tipo, no pierden la condición de instrumentos del delito por esa sola circunstancia. En resumen, el hecho de que el legislador haya contemplado expresamente un bien en la norma, o incluso llegue a exigir su empleo para que la infracción se entienda configurada, no nos dice nada sobre su condición instrumental, que en última instancia es lo que debería considerarse para decidir sobre su comiso. Esto también es aplicable al tema del objeto de la infracción, ya que si bien está claro que el vocablo instrumento no es sinónimo del vocablo objeto, entendido como bien sobre el que recae la acción típica, afirmar lo contrario (a saber, que nunca un objeto será un instrumento) es igualmente incorrecto, pues dependerá de cada hipótesis fáctica que se analice. V.g., la acción prevista en el art. 379 CP (conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad excesiva), recae precisamente sobre el vehículo y éste en ese caso en particular, es el instrumento con que se realiza la conducta típica.[97] Otro ejemplo se extrae del art. 566 CP. Allí se sanciona el comercio de armas no autorizadas. La acción (comerciar) recae sobre las armas y por esa razón se entiende que son el objeto de la infracción. Y a la vez, son el instrumento empleado por el autor para cometer el tráfico. Todo esto para argumentar que la condición de objeto de la acción no excluye su condición de instrumento y menos lo hace el hecho de que el legislador se haya referido a un bien de manera expresa. Por tanto, *lo que es o no instrumento dependerá de cada caso.*

En el plano jurisprudencial, antes de la entrada en vigencia de la LO 10/1995, el Tribunal Supremo definía los instrumentos como *"los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal."*[98] Este concepto sigue empleándose con posterioridad a la LO 15/2003, a pesar de que en ésta se incorporó el comiso de los ins-

---

constituye su instrumento, porque sin él no se concibe la figura delictiva, equivale a afirmar que en la falsificación de documentos el documento mismo en el que realiza la alteración de la verdad posee carácter instrumental. No se puede conducir ilegalmente un vehículo de motor sin vehículo de motor, como no se puede falsificar un documento previo si no existiera éste." MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 57.

[96] En igual sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 18.

[97] Tan es así que algunos autores al examinar los delitos contra la seguridad vial no dudan en atribuir a los vehículos el carácter de instrumento. Este es el caso, p. ej., de MARTÍNEZ ASENSIO, Gabriel. "El delito de conducción temeraria." O de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. "El delito de conducción a velocidad excesiva." Ambas obras publicadas en: OLMEDO CARDENETE, Miguel; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (Eds.). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial.* Granada. Editorial Alea Blanca, 2010, pp. 81 y 21, respectivamente. Ésta no es una posición unánime. P. ej., para Trapero Barreales, a través del apartado 3 del art. 381 CP en su versión anterior, el legislador reconoció que el vehículo a motor o ciclomotor no es un instrumento de delito, de ahí que estimase necesario aclarar que *se considerará* como tal. TRAPERO BARREALES, María. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 586.

[98] STS 430/1995 de 22 de marzo.

trumentos con que se ha *preparado* la infracción. A modo de ejemplo, véanse las SSTS 398/1999 de 11 de marzo; 1002/2004 de 16 de septiembre;[99] 314/2007 de 25 abril[100]; 483/2007 de 4 de junio y 11/2011 de 1 de febrero[101] Aunque en algunas de esas sentencias el error fue intrascendente, pues no estaba discutiéndose el tema de los instrumentos con que se ha preparado la infracción, su constante reiteración no se justifica, ya que supone desconocer el texto legal vigente.

En resumen, el término instrumentos alude a los bienes con que se preparó o cometió la infracción dolosa, o con se cometió la infracción imprudente. El hecho de que un bien sea objeto de la infracción o esté descrito en la norma penal, a mi modo de ver no excluye *prima facie* su condición de instrumento, que debe determinarse en cada caso. De *lege ferenda*, sería deseable suprimir la mención a los bienes y medios contenida en el art. 127, así como la mención a los bienes con que se preparó la infracción imprudente. Todo esto también contribuirá a la unificación de términos en el ámbito supranacional, pues a ese nivel se emplea el vocablo *instrumentos* solamente.

2. a. Preparación o ejecución de un delito o falta.

La norma original incluía únicamente los instrumentos con que se hubiese ejecutado el delito o falta. El empleo del término *ejecución* provocó dudas sobre la procedencia del comiso en los casos donde no se había consumado la infracción. Para solventar los problemas, algunos autores aceptaron el comiso de los instrumentos empleados para ejecutar la infracción en grado de tentativa,[102] pues consideraban que ésta ya se había cometido, como también los empleados para ejecutar actos preparatorios punibles.[103] Sin embargo, con esta respuesta no se logró abarcar los

[99] La STS 1002/2004 de 16 de septiembre, hizo suya la definición de instrumentos expuesta en la en la STS 398/1999 de 11 de marzo, a saber, *"los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal."*

[100] En esta sentencia se indica: *"Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito."*

[101] Apunta el TS: *"Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito."* La misma definición se cita en la STS N° 16/2009 de 27 enero.

[102] En este sentido señala Guinarte Cabada: *"Se ha puesto de relieve, con buen criterio, que el texto legal refiere los instrumentos a una dinámica de ejecución del delito o falta (MANZANARES); por lo que, en buena lógica, entendemos que habrían de quedar al margen los instrumentos empleados en otras fases preparatorias del iter criminis. En todo caso, la referencia a delito «ejecutado» no debe llevar a la creencia errónea de estimar decomisables sólo los instrumentos del delito consumado, siéndolo igualmente los empleados en la comisión de un delito intentado, pues también ese delito ha sido ejecutado (en grado de tentativa)."* GUINARTE CABADA, Gumersindo. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 659-660.

[103] PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 992; AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 3-4. Gracia

instrumentos empleados en los actos preparatorios no punibles (pues repito, la norma circunscribía el comiso a los instrumentos con que se hubiese ejecutado la infracción).[104]

Mediante la LO 15/2003, se incorporó el decomiso de los instrumentos con que se *haya preparado* el delito o falta. Existen dos maneras de interpretar esta reforma. La primera, entender que a pesar del cambio normativo sigue requiriéndose que el hecho llegue a ejecutarse (es decir, que el sujeto activo haya alcanzado la fase de ejecución, sea que consume la infracción o no), o que se trate de infracciones en relación con las cuales los actos preparatorios estén castigados,[105] pues de lo contrario no existiría una pena impuesta por una infracción,[106] presupuesto básico para que se dé el comiso, al menos en la primera parte del art. 127 CP. La segunda interpretación es más amplia. Si tomamos en cuenta que ya se admitía el decomiso de los instrumentos empleados en los delitos en grado de tentativa (y que en estricto sentido, ya han alcanzado la fase de ejecución), así como en los actos preparatorios punibles, la conclusión será que la reforma está dirigida a autorizar el decomiso de

---

Martín, por su parte, señala: "*Para que un instrumento de ejecución sea decomisable bastará, según la opinión dominante, con que con él se hayan realizado actos ejecutivos del delito, aunque éste no haya llegado a la consumación. A mi juicio, sin embargo, dado el fundamento y la finalidad del comiso –la protección de la comunidad frente a la peligrosidad objetiva de los instrumentos- también procederá aquel cuando se hayan realizado actos preparatorios que sean punibles…"* GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 450; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524.

[104] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 562.

[105] Para Aguado Correa, la reforma acaba con la discusión doctrinal sobre la posibilidad de decretar el comiso de los instrumentos utilizados para cometer actos preparatorios punibles. AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 3.

[106] Muñoz Cuesta, p. ej., cree que la fase de preparación comprende *"toda actividad individual del delincuente dirigida a la posterior ejecución del delito y también todos los actos de conspiración, proposición y provocación al delito, que son sin duda actos preparatorios punibles aunque no se ejecute el delito que se pretendía, punibilidad que por aplicación del art. 17.3 y 18.2 sólo lo será en aquellos supuestos expresamente determinados por la Ley… es evidente que debe proceder el comiso en los supuestos de preparación del delito, sin embargo si el mismo no llega a ejecutarse por no haber entrado el sujeto en la fase de ejecución, tentativa acabada o inacabada, o se trata de delitos en que los actos preparatorios antes citados no está expresamente previsto su castigo en el Código, el comiso no procederá por la simple razón de que la conducta preparatoria no es típica…"* MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* p. 295. En este sentido, vid. también GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 955; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845: *"Si no se ha traspasado la fase de preparación y ésta es impune, no procederá el comiso en la medida que faltaría una declaración judicial de condena."* Señala Fernández Teruelo que al hablar de preparación se abarcan las formas imperfectas de ejecución punibles, la tentativa y los actos de proposición, provocación o conspiración cuando sean punibles. FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 113. Vid. también FGE, Circular 1/2005, *Sobre aplicación de la reforma del código penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte).*

objetos que han sido empleados en cualquier acto preparatorio, incluso los no punibles y aunque no fuesen empleados en la ejecución de la infracción. Esta es la posición que entre líneas expone Ramón Ribas[107] y que sin titubeos formula Puente Aba, autora que también agrega que aunque ajustada al texto de la ley, puede conducir a excesos.[108] Para paliar el riesgo, ella sugiere realizar un juicio de ponderación en los que se considere la naturaleza y gravedad del delito cometido o preparado, el nivel de peligrosidad objetiva de los bienes y la posibilidad de que puedan servir para la comisión de nuevas infracciones.[109] También es éste el criterio de Vizueta Fernández, aunque él exige que el acto preparatorio no punible vaya seguido de un acto de ejecución en el que haya una participación ilícita del sujeto.[110]

Entiendo que la interpretación correcta es la primera que mencioné: el comiso de los instrumentos con que se haya preparado el delito requiere que estos hayan sido empleados en la comisión de *actos ejecutivos* que como mínimo, configuren un delito en grado de tentativa, o un acto preparatorio punible. Arribo a esta conclusión con base en los siguientes argumentos. La palabra ejecución, según el Diccionario de la Real Academia, significa *"poner por obra algo."*[111] En el ámbito del Derecho penal, ese término alude precisamente a la *fase ejecutiva* del delito, fase en la cual la diferenciación entre la tentativa y la consumación es puramente de grado,[112] al pun-

---

[107] Sobre la reforma señala Ramón Ribas: *"...mediante ella parece superarse ampliamente el alcance de la solución acogida con la normativa actual por un sector de la doctrina que se había mostrado favorable a aceptar el comiso de los instrumentos en aquellos supuestos en que pudiese considerarse cometida, pese a no haberse consumado, una infracción penal. Esta solución, capaz de abarcar los instrumentos utilizados en un acto preparatorio punible, no podía proyectarse, sin embargo, a los bienes empleados en actos preparatorios no punibles, aun cuando se hubiere consumado el delito, pues el artículo 127 limitaba el comiso a los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Aludiendo genéricamente a la preparación del delito o falta, el comiso adquiere una extraordinaria dimensión, sobre todo teniendo en cuenta su carácter imperativo."* RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 785.

[108] Así lo señala PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 992. Léase también PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* pp. 13-14.

[109] *"En respuesta a las dudas sobre la conveniencia de ampliar el comiso a los bienes empleados en la preparación del delito, debe atenderse al fundamento justificador de la imposición del comiso y al principio de proporcionalidad que limita esta figura (art. 128 del CP). Si es la peligrosidad objetiva de los bienes, el riesgo de que se empleen en futuros actos delictivos, lo que fundamenta la imposición del comiso, no debería haber obstáculos para confiscar objetos que se han utilizado en la preparación del delito, siempre que presenten la mencionada peligrosidad y sean susceptibles de facilitar la comisión de posteriores delitos. De este modo, sería admisible tal comiso siempre que se demuestre tal peligrosidad objetiva y se respete asimismo la necesaria proporcionalidad entre la medida de comiso y la naturaleza y gravedad del delito cometido."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* pp. 992-993.

[110] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos." En: *RGDP, op. cit.,* p. 14.

[111] RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

[112] *"La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable (cfr. arts. 61 y 62), y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no sólo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa. Piénsese en un delito contra la vida, en el que la consumación supone la muerte y la tentativa todo lo más una lesión*

to que la primera tiene como uno de sus componentes que el sujeto activo haya comenzado *a ejecutar* la infracción, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.[113] Por esto considero que nunca ha existido impedimento para catalogar como instrumentos *empleados en la ejecución de la infracción* los bienes que han sido usados para cometer un delito en grado de tentativa. Los actos *de ejecución* siguen siendo tales incluso cuando el delito no se haya consumado y por tanto, los instrumentos empleados en esos actos son susceptibles de comiso.

Los actos preparatorios como su nombre lo señala, son actos que aunque externos son *previos* a la ejecución. Ahora, tal como se desprende de los arts. 15 y 16.1 CP, el ámbito de lo punible inicia cuando el sujeto activo da principio a la ejecución del delito por hechos exteriores. A *contrario sensu*, todo lo que no se pueda catalogar como un *acto ejecutivo* no puede ser sancionado como tentativa y por ende, es impune.[114] Si el comiso es una consecuencia jurídica que, al menos en principio, se asocia a la pena, no puede aceptarse su imposición sobre los instrumentos vinculados con conductas que constituyen actos preparatorios impunes. Si el acto preparatorio no tiene relevancia jurídico penal (pues solamente las conductas ejecutivas la tienen), no cabe el comiso de los instrumentos involucrados con ese acto. Aunado a esto, el comiso si bien no es una pena, es una medida recubierta por el poder de imperio del Estado y por ende, sometida al principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE. El concepto formal de ejecución constituye un límite que no se puede desconocer sin vulnerar ese principio y la imposición del comiso no es la excepción.

---

o, a veces, ni siquiera eso (la bala pasa rozando el cuerpo del agredido). Pero ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el desvalor del resultado de aquélla es siempre mayor que el de ésta, por más que el desvalor de la acción sea el mismo." MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, pp. 413-414.

[113] El art. 16 del Código Penal, apartado 1, señala:

"Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor."

Apunta Santiago Mir Puig: *"El comienzo de ejecución necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos."* MIR PUIG, *DPPG, op. cit.*, p. 345. En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007, p. 588 y CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 127. Estos últimos señalan: *"...El autor ha de haber realizado hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente, lo que excluye la resolución delictiva sin hecho exteriores o que éstos estén muy remotamente conectados con la genuina realización del hecho típico."*

[114] *"...cabe distinguir dos grandes momentos externos: la fase de actos preparatorios y la fase de ejecución. Los actos preparatorios —no siempre concurrentes— suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial. Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, son ejemplos de actos preparatorios. Iniciar la acción de disparar sobre la víctima ya es, en cambio, un ejemplo de comienzo de la fase ejecutiva. Pues bien, ¿cabe castigar ya los actos preparatorios? ¿Hay que esperar a los actos ejecutivos? En el CP vigente se parte del principio de impunidad de los actos preparatorios. Se exceptúan algunos supuestos que se reputan especialmente peligrosos: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (arts. 17 y 18 CP), cuando expresamente se castiguen por la ley (actos preparatorios punibles)."* MIR PUIG, *DPPG, op. cit.*, p. 336.

Siempre en la formulación de argumentos que le den solidez a mi postura, puedo añadir que sancionar actos preparatorios impunes es incompatible con los principios elementales de un Derecho penal liberal. Tan es así que son los regímenes totalitarios quienes han adoptado esa línea, basándose en el argumento de que revelan la peligrosidad de quien las comete.[115] Esta conclusión no cambia por el hecho de que la reforma del comiso que ahora examino se haya inspirado en la normativa supranacional,[116] ya que según esa misma regulación, deben imperar los principios propios de cada país, en el caso español los de un sistema democrático.[117] Situación

[115] Este es el caso del Código Penal italiano de 1930 aprobado durante el régimen fascista y el Código penal ruso de 1926. También sancionan los actos preparatorios el Proyecto de nuevo Código penal de 1936 en la Alemania nacionalsocialista y el Código penal español en la reforma de 1944, durante el régimen franquista. Así lo señala CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2.* Madrid, Editorial Tecnos, Adenda a la 1° Edición, 2005, pp. 178-179. Señala Quintero Olivares: *"La problemática de los actos preparatorios, históricamente, ha tenido trascendencia especialmente en cuestiones políticas. El afán de perseguir complots y conspiraciones ha sido el determinante de las actitudes legales en esta materia, y el mejor ejemplo es la evolución de los Códigos españoles. Los Códigos «liberales» (1848, 1870, 1932, y, ahora, el de 1995) fueron benevolentes en esta materia. Los pertenecientes a períodos más autoritarios (1850, 1928, 1944) establecieron la punición general de los actos preparatorios. En uno y otro caso la decisión obedeció a razones políticas y no a opciones político-criminales de otra índole. Por eso ha podido decirse que el sistema de punición de los actos preparatorios constituye el «termómetro» de las oscilaciones políticas de los Códigos españoles."* QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.,* p. 580. También véase MIR PUIG, *DPPG, op. cit.*, pp. 339-340.

[116] Como vimos en el segundo capítulo, en las Convenciones de Naciones Unidas, los Convenios del Consejo de Europa y la normativa de la Unión Europea se prevé el decomiso del instrumento destinado a ser empleado para cometer infracciones penales.

[117] Entiendo democracia no como supremacía del interés popular, sino en el sentido constitucional que describe Luigi Ferrajoli: *"Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor, una segunda dimensión de la "democracia" —no antitética, sino complementaria de la de "democracia política"— que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que connota a la democracia como "democracia constitucional" o "de derecho" y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho. Esta esfera de lo "no decidible" —"lo que" no es lícito decidir (o no decidir) — no es otra cosa que aquello que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría.*
¿Y qué es lo que las constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que son los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos a la mayoría, presupuestos de la convivencia civil y al mismo tiempo razones del propio pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos —sean desviados o no desviados— y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público. Por consiguiente la garantía de los derechos de todos, que es lo que son, precisamente por su universalismo, los derechos fundamentales. De ahí el carácter "democrático" de las garantías —que hace referencia no ya a la mayoría, según el modelo de la democracia política, sino a la tutela del individuo, donde individuo significa "todos"— y al mismo tiempo la dimensión "sustancial" que estas introducen en la democracia política o formal: precisamente porque tienen que ver no con el "quién" o con el "cómo" de las decisiones, o sea con su fuente y su forma, sino con el "qué" de las mismas, o sea con su contenido o significado…No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable." FERRAJOLI, Luigi. "Garantías y Derecho penal." En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (Coord.). *Garantismo y Derecho Penal.* Bogotá, Editorial Temis, 1996, pp. 8-9.

diversa es la de los actos preparatorios punibles,[118] pues aunque son actos previos a la ejecución de otras conductas, al tener la categoría de delito también se pueden consumar y en esa medida se pueden apreciar en su mecánica actos ejecutivos.

En resumen, el art. 127.1 CP contempla como presupuesto del comiso la imposición de una pena. Desde esta perspectiva, habría que entender que para el comiso de los instrumentos con que se *preparó* la infracción sigue requiriéndose *la acción en sentido jurídico*. Un comportamiento de relevancia para el Derecho penal, uno que aunque no se haya consumado, rebase los actos preparatorios, o que suponga como mínimo la comisión de actos preparatorios que se tachen de punibles, ya que, sin estas conductas, no cabría pena y sin pena no cabe el comiso.

Los argumentos antes expuestos son también aplicables en materia de faltas. Si bien el art. 127 prevé el decomiso de los instrumentos con que se preparó la falta, la imposición de esta medida requerirá que esa infracción se haya consumado, pues de conformidad con el art. 15 del Código Penal y salvo excepciones puntuales (faltas cometidas contra las personas y el patrimonio, donde es punible la tentativa), solo entonces procederá su castigo.[119] Admitir el comiso en otras circunstancias, supondría lesionar los derechos fundamentales del titular del bien por un hecho que, por expresa disposición legal, es impune.

No se puede desconocer que el art. 127 CP también contempla el comiso en los casos donde habiéndose demostrado una situación patrimonial ilícita, no se ha impuesto una pena (apartado 4). Sin embargo, según se indicará en el próximo capítulo de esta investigación, esta hipótesis requiere como mínimo la existencia de un injusto penal (una acción típica y antijurídica), que claramente se puede encasillar en la fase de ejecución de la infracción. Descartamos así los actos preparatorios que por regla general son impunes y nos centramos en los actos ejecutivos y en los actos preparatorios punibles, ambos que si bien no han dado pie a la imposición de una condena, constituyen en ciertas circunstancias (en concreto, cuando se demuestre una situación patrimonial ilícita), el presupuesto del comiso.

Hay un matiz no menos importante que quiero poner de relieve. El art. 127 del Código Penal español contempla el comiso de los instrumentos con que *se haya preparado la infracción* y no el de aquellos *destinados a cometer la infracción*. El comiso de los primeros es admisible cuando se hayan efectuado con tales instrumentos actos preparatorios punibles, pues si esos mismos instrumentos se han empleado en la ejecución de la infracción, su comiso procederá por esta última circunstancia. Por su parte, el comiso de los instrumentos *destinados a cometer la infracción*

[118] Encontramos en el Código Penal algunos actos preparatorios que el legislador ha elevado a la categoría de delitos autónomos. Véanse v.g., los arts. 371 y 400. También encontramos las conductas previstas en los arts. 17 y 18 CP (la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir). Aunque la apología también se integra en el artículo 18, autores como Quintero Olivares le niegan a ésta el carácter de acto preparatorio punible. QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.,* p. 587.

[119] "Artículo 15.
1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.
2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio."

que no se han empleado en su ejecución no tiene fundamento legal y por ende, no es viable. Piénsese p. ej., en el arma de fuego *destinada* a cometer un homicidio. Si ésta no ha sido usada para preparar la infracción, o no al menos de una forma que interese al Derecho penal, su comiso solo procederá en caso de que el sujeto activo la emplee en actos ejecutivos. Asimismo, si un instrumento se ha utilizado para preparar la infracción pero no en su ejecución (v.g., el instrumental de laboratorio que usa el sujeto A para elaborar un veneno que luego destinará a dar muerte a B), su comiso no cabe, no a menos que esos actos preparatorios sean punibles.

Según Muñoz Cuesta la reforma era necesaria, pues en algunas infracciones es precisamente en la fase de preparación donde se emplean los instrumentos para la posterior ejecución.[120] Desde mi punto de vista, la reforma no añadió nada novedoso, pues ya se admitía el comiso de los instrumentos empleados en la comisión de delitos en grado de tentativa y en los actos preparatorios punibles (que como tales, han sido dotados de autonomía[121]). Los instrumentos relacionados con la práctica de actos preparatorios impunes están exentos de comiso, al igual que los instrumentos que, encontrándose destinados a cometer la infracción, no han sido empleados en su ejecución. Como señalé en el capítulo II, el legislador quiso adaptar el texto legal a la normativa supranacional, sin embargo en ésta lo que se contempla es el comiso de los instrumentos *destinados a cometer la infracción* y no el de aquellos con que *se ha preparado la misma*. Una diferencia tenue que tiene importantes repercusiones prácticas y que, en el caso español, se resolvió con la inclusión de una frase en el art. 127 CP que en realidad no aúna nada nuevo, lo que es afortunado, pues sería peligroso desde una perspectiva constitucional el admitir el comiso de bienes solamente porque se les ha asignado un determinado destino, máxime en casos donde bien puede ser que no lleguen a ser empleados (reitero, si lo han sido el comiso procedería por ese motivo), sea porque no se han desplegado actos ejecutivos relevantes en el ámbito penal, o porque se ha elegido otro instrumento.

2. b. Carácter esencial del instrumento.

Antes de la introducción del comiso en delitos imprudentes y con el propósito de evitar excesos, los estudiosos del tema del comiso y el mismo TS, abogaron por una interpretación restrictiva del comiso de instrumentos contenido en el art. 127 CP, de manera que la medida abarcase solamente los bienes que eran especial-

[120] MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* pp. 294-295.

[121] Incluso en las hipótesis previstas en los artículos 17 y 18 CP cabe argumentar dicha autonomía. Aunque en efecto, si el delito proyectado se ejecuta, las formas de participación intentada previstas en esos dos artículos pierden su relevancia y quedan subsumidas en la calificación legal que se otorgue a los actos del autor (QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.,* p. 581), como su sanción se rige por el principio de accesoriedad limitada, no se exige que se realice el hecho proyectado, bastando con que éste constituya el tipo de injusto de un delito, aunque falte la culpabilidad (así lo señalan MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 449).

mente idóneos para cometer la infracción y no los que tuviesen una naturaleza accesoria en el modo de comisión del hecho. También exigían que el destino de los bienes estuviese preordenado a esa comisión.[122] Hablamos de dos extremos que debían demostrarse, sin que tuviesen cabida las presunciones en contra del procesado.[123] Por tanto, los instrumentos no son aquellos bienes que *potencialmente* se pueden emplear para preparar o ejecutar la infracción,[124] o los que solo guardan relación con ella, sino los elementos esenciales en su ejecución[125] y agrego, también en su preparación. Como apunta Borja Mapelli Caffarena, aunque se encuentren bienes que se pueda presumir han sido los instrumentos para cometer otras infracciones, solo cabe decomisar los empleados en la ejecución del delito que está siendo sometido a proceso,[126] así como los usados en su preparación (pues así lo dispone la reforma operada en el año 2003).

Estas consideraciones deben ser ajustadas tras la promulgación de la LO 5/2010, de 22 de junio. Aunque siempre podrá requerirse que el instrumento sea idóneo o para emplear un término más preciso, que sea *esencial* para ejecutar o preparar la infracción, la relación que debe plantearse entre ese instrumento y la infracción no necesariamente será entendida como sinónimo de *intencionalidad*. Como señalé antes, con la incorporación del comiso en los delitos imprudentes se

---

122 Vid. p. ej., PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 651; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* pp. 844-845; PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, 2000; p. 964. Finalmente, Gascón Inchausti señala que el empleo de los bienes debe haber sido necesario para cometer el hecho punible. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 63.

123 En ese sentido, SSTS N° 1992/1993 de 15 septiembre; N° 1375/1994 de 4 julio; N° 94/2006 de 10 de febrero; N° 77/2007 de 7 febrero; N° 314/2007 de 25 abril; N° 397/2008 de 1 julio; N° 32/2009 de 7 enero y N° 1274/2009 de 18 diciembre. En la STS N° 1148/2010 de 12 diciembre, se indicó: *"Y con respecto al comiso de vehículos con ocasión de la condena por un delito contra la salud pública, este Tribunal tiene afirmado en diferentes resoluciones que será instrumento, útil o medio para cometer el delito, cuando su utilización para este fin sea específica, por obedecer el vehículo en cuestión a características o aplicaciones especiales, y que no procede el decomiso cuando la finalidad atribuida al coche no era más que para realizar desplazamientos personales, función para la que habría servido cualquier otro móvil imaginable... En la misma línea, se ha afirmado que un vehículo no puede calificarse como instrumento del delito cuando falta la especificidad de su utilización para el fin delictivo. Se precisa, pues, que se declare probado que la principal finalidad del vehículo sea su empleo en la actividad delictiva, por lo que, cuando no existe motivación expresa sobre el particular no se considera justificado su comiso por falta de fundamentación de la decisión..."*

124 Vid. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 414.

125 PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 990. Patricia Faraldo Cabana excluye de la categoría de instrumento aquel que sea accesorio en el modo de comisión del delito. FARALDO CABANA, Patricia. "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. A Coruña, Servicio de Publicacións Universidade da Coruña, N° 2, 1998, p. 263. En igual sentido, habla de instrumentos solo como aquellos que son necesarios (entiéndase, insustituibles) para la realización del hecho punible, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* pp. 42-43.

126 *"La utilización de la teoría de la equivalencia nos conduciría a un concepto de instrumento desorbitado (el local de negocios, la fábrica, la patente, los valores, etc.), en su lugar deben considerarse instrumentos solo aquellos que fueron utilizados o se encuentran vinculados con las acciones a las que son objetivamente imputables la comisión del delito."* MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p 51.

descargó el término *instrumento* del contenido que hasta entonces se le había asignado. Si bien la relación medio-fin puede seguirse predicando del instrumento en los delitos dolosos, la situación será diversa en los imprudentes, pues aquí no puede argumentarse que ha existido una voluntad del sujeto activo dirigida al logro de una finalidad (la comisión del hecho típico), empleando un bien específico.

La jurisprudencia del TS nos da ejemplos que facilitan la comprensión de las anteriores afirmaciones. Veamos. En la STS N° 397/2008, de 1 de julio, se resolvió sobre un caso de tráfico de drogas (y no un delito de transporte de drogas, como el mismo TS subrayó). En la sentencia se indicó que el vehículo no había sido empleado de manera insustituible como instrumento para la ejecución del hecho, sino como un medio normal de transporte y desplazamiento (tenía por ende, un carácter accesorio), por lo cual no procedía su comiso.[127] Situación distinta se aprecia en la STS 753/2010, de 19 de julio. En ésta se confirmó la decisión de decomisar un barco empleado para transportar 2.722,6 kilogramos con riqueza del 75% y 4,5 kilogramos con riqueza del 76,47% de cocaína, por considerarlo el instrumento con que se cometió el delito.

A pesar de lo antes expuesto, no se puede desconocer que en algunas sentencias, sobre todo relacionadas con el negocio de las drogas, se ha dispuesto el decomiso del vehículo por el simple hecho de que fue el instrumento para facilitar el transporte o el tráfico,[128] postura que supone desconocer precisamente, lo señalado sobre el carácter esencial que debe tener el instrumento para ser considerado como tal.

3. El comiso de los efectos e instrumentos en el Derecho comparado.

En algunos ordenamientos jurídicos se distingue entre el comiso de seguridad cuya naturaleza es esencialmente preventiva y el comiso de las ganancias del hecho criminal.

En la normativa alemana p. ej., el comiso es una consecuencia jurídica del hecho que no tiene el carácter de pena, de medida de seguridad o incluso de consecuencia accesoria.[129] Es denominado sencillamente como *medida*[130] y se regula de manera

[127] Algo parecido se expone en la STS N° 522/1995 de 6 abril y en la 227/1998 de 23 febrero. En la primera, el TS señala que no puede afirmarse que *"...el vehículo fuera instrumento para la comisión del delito porque la droga no se hallaba ubicada, con clandestinidad o sin ella, en lugares o cavidades del mismo, sino entre la documentación personal y en el interior de la cazadora del sujeto..."*.

[128] STS N° 244/1995 de 23 de febrero y 195/2000 de 16 de febrero, por ejemplo.

[129] Los efectos accesorios se contemplan en el acápite destinado a regular las penas y son únicamente la inhabilitación para cargos públicos, para ser elegido y para votar. Al respecto, véase el §45 StGB. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/. Para Jescheck y Weigend también es una consecuencia accesoria la facultad prevista en algunos tipos penales de la

autónoma bajo la denominación *Verfall und Einziehung*. El comiso de los instrumentos y productos del delito recibe el nombre *Einziehung* (§74-§75), en tanto que el de las ganancias o provecho se conoce como *Verfall* (§73-§73 e).[131]

El primero según el §74 I,[132] alcanza los objetos que han sido producidos por la comisión dolosa de un delito *(producta sceleris)*, o los que fueron empleados para su ejecución, o estaban destinados a esa ejecución *(instrumenta sceleris)*.[133] La doctrina alemana es clara al señalar que los *producta sceleris* no abarcan las ganancias (reguladas en el §73). Así, son únicamente los objetos cuya composición actual es atribuible al hecho, v.g., el dinero falso o el documento falsificado, pero no el dinero robado por el autor, o el precio de compra de la droga vendida. De igual manera, tratándose de los objetos empleados en la ejecución del hecho (*instrumenta sceleris*), se distingue entre estos y los que tan solo se refieren a la misma, pues su uso o presencia ya es presupuesta por el tipo penal respectivo.[134] Además, según el mismo §74 I, dentro de los *instrumenta sceleris* se incluyen los objetos empleados en la comisión del hecho, así como los destinados a producirlo o prepararlo, con lo cual se podría ordenar el comiso de bienes que finalmente no hayan sido utilizados, según Puente Aba, siempre que el hecho delictivo ya estuviese suficientemente concretado por el autor.[135]

El §74 prevé dos formas de comiso, una de carácter punitivo (§74 II.1) y otra de aseguramiento (§74.II.2). La primera es en palabras de Jescheck y Weigend, una sanción adicional al autor o partícipe que ha cometido culpablemente un delito do-

---

Parte especial para la publicación de la sentencia (§103 II, §165, §200). JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 845.

130 §11.8 StGB. Me parece claro que el legislador alemán decidió no pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del comiso.

131 Así, MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 246.

132 "§ 74 Voraussetzungen der Einziehung
(1) Ist eine vorsätzliche Straftat begangen worden, so können Gegenstände, die durch sie hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, eingezogen werden.
(2) Die Einziehung ist nur zulässig, wenn
1. die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen oder
2. die Gegenstände nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, daß sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden.
(3) Unter den Voraussetzungen des Absatzes 2 Nr. 2 ist die Einziehung der Gegenstände auch zulässig, wenn der Täter ohne Schuld gehandelt hat.
(4) Wird die Einziehung durch eine besondere Vorschrift über Absatz 1 hinaus vorgeschrieben oder zugelassen, so gelten die Absätze 2 und 3 entsprechend."
StGB.

133 Según Manzanares Samaniego, el §74 contempla los instrumentos empleados en la ejecución del delito, así como los empleados en su preparación o destinados a la ejecución o preparación. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524. Se trata de un ámbito de aplicación bastante más extenso que el previsto en la legislación española.

134 JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 857. Posición que encuentro discutible, según indiqué en páginas anteriores de esta investigación.

135 PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 992.

loso, hasta cierto punto inexplicable desde los fines de la pena.[136] Ciertamente, no se comprende por qué cabe disponer el comiso de los productos e instrumentos del delito por el hecho de pertenecer al autor o partícipe. Tal parece que, en este comiso, se impone el componente mítico que destaca Manzanares Samaniego[137] y según el cual, el objeto por su contacto con la infracción, pasa a estar impuro o manchado.[138] La naturaleza punitiva de este comiso también se revela con la existencia del comiso por valor equivalente,[139] consistente en el decomiso de una suma de dinero que sea equivalente al valor del bien en cuestión, cuando la medida no se pueda aplicar sobre éste.[140]

---

[136] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 858. Para PUENTE ABA, el comiso previsto en el §74.2.I del CP alemán, por tener carácter punitivo, requiere que el sujeto haya actuado culpablemente. Por otra parte, el contemplado en el §74.2.II se dirige contra los bienes que por su naturaleza y características son peligrosos para la colectividad, o cuando existe peligro de que sirvan para la comisión de hechos antijurídicos, de allí que pueda ser aplicado aunque el sujeto no actúe de manera culpable. Así lo señala PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP*, p. 995.

[137] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 245. En otra obra apunta este mismo autor: *"... cabe situar, junto al comiso por la peligrosidad de la cosa, el eliminador del lucro ilícito y el que, como concesión a viejas concepciones y a veces con propósito de advertencia ejemplar, se construye sobre la simple relación con el delito cometido o proyectado."* Así, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 41.

[138] Expresiones empleadas por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 858. Esta posición no ha sido de todo desechada por la doctrina. Así por ejemplo, Salas Carceller señala que el comiso busca *"...evitar que los vestigios de la infracción penal representados por determinados bienes que guardan relación con la actividad delictiva en que se ha incurrido queden en posesión y beneficio del culpable o de terceros no legitimados por la norma para ello, por razón de la propia coherencia y lógica del sistema y del propio respeto a las víctimas del delito y a sus familiares, más que por el valor intrínseco de tales bienes que tantas veces es en la práctica inapreciable..."* SALAS CARCELLER, Antonio. "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, María (Dir.). *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 326.

[139] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 859-860. Aunque sin indicar razones, Manzanares Samaniego señala que el comiso del valor por sustitución es el que tiene rasgos penales más definidos. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525.

[140] § 74c Einziehung des Wertersatzes
(1) Hat der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand, der ihm zur Zeit der Tat gehörte oder zustand und auf dessen Einziehung hätte erkannt werden können, vor der Entscheidung über die Einziehung verwertet, namentlich veräußert oder verbraucht, oder hat er die Einziehung des Gegenstandes sonst vereitelt, so kann das Gericht die Einziehung eines Geldbetrags gegen den Täter oder Teilnehmer bis zu der Höhe anordnen, die dem Wert des Gegenstandes entspricht.
(2) Eine solche Anordnung kann das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes oder an deren Stelle treffen, wenn ihn der Täter oder Teilnehmer vor der Entscheidung über die Einziehung mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Erlöschen ohne Entschädigung nicht angeordnet werden kann oder im Falle der Einziehung nicht angeordnet werden könnte (§ 74e Abs. 2 und § 74f); trifft das Gericht die Anordnung neben der Einziehung, so bemißt sich die Höhe des Wertersatzes nach dem Wert der Belastung des Gegenstandes.
(3) Der Wert des Gegenstandes und der Belastung kann geschätzt werden.
(4) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42."
StGB.

En la legislación alemana también se regula el comiso de cosas o derechos de terceros no implicados en la infracción. Además de la remisión expresa al §74 a,[141] ese comiso requiere que el tercero, al menos ligeramente, haya contribuido a que la cosa o derecho haya sido medio u objeto del hecho delictivo o de su preparación, o bien, que el tercero haya obtenido la cosa o derecho de forma reprobable, conociendo las circunstancias que puedan dar lugar a su comiso o destrucción.[142] De darse estas circunstancias, el Estado no debe indemnizar al tercero.[143] También se prevé que el comiso alcance a los entes colectivos (v.g. personas jurídicas, asociacio-

[141] V.g., §§ 92 b apartado 2; 286, 295, StGB.

[142] "§ 74a Erweiterte Voraussetzungen der Einziehung
Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so dürfen die Gegenstände abweichend von § 74 Abs. 2 Nr. 1 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,
1. wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist, oder
2. die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat."
StGB.
Sobre esta norma, señala Manzanares Samaniego: *"Por lo que atañe a los instrumenta vel producta sceleris, el Derecho alemán sólo permite en dos supuestos el comiso de la cosa o derecho propiedad de un tercero al tiempo de la decisión judicial… en ambos casos sin indemnización… El primero es que éste haya contribuido al menos con grave imprudencia a que la cosa o el derecho haya sido medio o producto del delito, como ocurriría si se alquila un automóvil pese a las fundadísimas sospechas de que sería utilizado para una operación de contrabando. Es igual que la imprudencia grave se refiera a la conducta antijurídica del delincuente o se manifieste como una falta de cuidado sobre el uso de la cosa propia. Nótese que este comiso solo cabe en un delito doloso, de manera que la exigencia al menos de imprudencia temeraria de tercero no responsable criminal se halla plenamente justificada. La segunda previsión… se contrae a la adquisición del objeto en forma reprobable y conociendo las circunstancias que hubieran permitido el comiso respecto al delincuente. Así lo entendió, por ejemplo, el BGH cuando un comerciante de coches de segunda mano compró el automóvil usado para una caza furtiva sabiendo que el autor deseaba desprenderse de él por temor precisamente al comiso. Aquí ya no basta la imprudencia temeraria del supuesto anterior, antes bien, se requiere el conocimiento positivo de que la cosa estuvo implicada, antes de su adquisición, en una acción criminal que justificaría su comiso. Se exige, además, que el adquirente haya actuado de modo "reprobable",… También este comiso de tercero tiene carácter cuasipenal lo que explica su conexión con un comportamiento cuasiculpable del tercero afectado."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 524-525.

[143] "§ 74f Entschädigung
(1) Stand das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht zur Zeit der Rechtskraft der Entscheidung über die Einziehung oder Unbrauchbarmachung einem Dritten zu oder war der Gegenstand mit dem Recht eines Dritten belastet, das durch die Entscheidung erloschen oder beeinträchtigt ist, so wird der Dritte aus der Staatskasse unter Berücksichtigung des Verkehrswertes angemessen in Geld entschädigt.
(2) Eine Entschädigung wird nicht gewährt, wenn
1. der Dritte wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist,
2. der Dritte den Gegenstand oder das Recht an dem Gegenstand in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung zulassen, in verwerflicher Weise erworben hat oder
3. es nach den Umständen, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung begründet haben, auf Grund von Rechtsvorschriften außerhalb des Strafrechts zulässig wäre, den Gegenstand dem Dritten ohne Entschädigung dauernd zu entziehen.
(3) In den Fällen des Absatzes 2 kann eine Entschädigung gewährt werden, soweit es eine unbillige Härte wäre, sie zu versagen."
StGB.

nes), en concreto, cuando quien actúa lo hace en su representación y ha dado lugar a las condiciones que autorizan aplicar esa medida.[144]

Por su parte, el comiso de aseguramiento está dirigido a los objetos que de acuerdo a su clase y las circunstancias de la colectividad, sean una amenaza para ésta (p. ej., venenos), o puedan servir para cometer acciones ilegales (v.g., documentos falsos).[145] Según Jescheck/Weigend, se busca proteger a la población frente a posibles riesgos, en particular la comisión de hechos punibles, de allí que su función sea preventiva.[146] Importante destacar que por esa orientación teleológica, es procedente incluso cuando el autor ha actuado sin culpa (§74 III), o cuando el tercero no ha actuado en los términos que mencionamos atrás (contribuyendo a que la cosa o derecho haya sido medio u objeto del hecho o de su preparación; u obteniendo esa cosa o derecho de modo reprobable, conociendo las circunstancias que dan paso a la confiscación o a la destrucción). Sin embargo, aquí sí procede indemnizarle, tomando en consideración el valor de mercado del objeto (§74 f I).

Situación distinta es que, de conformidad con prescripciones legales diversas a las del Derecho penal, quepa privar al tercero de ese bien de forma permanente sin el pago de dicha indemnización (§74 f II 3). En este contexto, a pesar del comiso, no cabe indemnizar.

Si bien el comiso de productos e instrumentos en términos generales es potestativo (§74 I), lo lógico es que se aplique de manera preceptiva cuando se persiguen fines de aseguramiento. Además, hay normas de la Parte especial que lo ordenan en ciertas circunstancias, v.g., el §150 II dispone la incautación del dinero y los títulos valores falsos.

---

144 "§ 75 Sondervorschrift für Organe und Vertreter
Hat jemand
1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,
eine Handlung vorgenommen, die ihm gegenüber unter den übrigen Voraussetzungen der §§ 74 bis 74c und 74f die Einziehung eines Gegenstandes oder des Wertersatzes zulassen oder den Ausschluß der Entschädigung begründen würde, so wird seine Handlung bei Anwendung dieser Vorschriften dem Vertretenen zugerechnet. § 14 Abs. 3 gilt entsprechend."
StGB.

145 § 74 II 2 StGB.

146 JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 860-861. En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525. Según Manzanares Samaniego, en el caso de los instrumentos y productos del delito que son un peligro para la comunidad o se corre el riesgo de que sean empleados en la comisión de hechos ilícitos (venenos, explosivos, billetes falsos, etc.), el derecho fundamental a la propiedad cede ante el bien general, con independencia de quién sea el propietario del objeto.

El §74 b prevé el principio de proporcionalidad en el comiso.[147] En los supuestos que contempla la norma (a saber, cuando no hay relación entre el comiso y la importancia del hecho cometido, así como con el reproche que afecta al autor o partícipe, o al tercero afectado por la confiscación), se puede prescindir de esa medida. Del mismo modo, se pueden aplicar medidas menos severas cuando a través de ellas, se pueda alcanzar la finalidad del comiso, por ejemplo, inutilizar los objetos o alterar sus características.[148]

En el Código penal suizo el comiso también es considerado una medida ajena a las penas y las medidas de seguridad. Este cuerpo legal diferencia entre el comiso de seguridad que versa sobre los objetos peligrosos y el comiso de valores patrimoniales o ganancias. El primero, previsto en el art. 69, en lo medular señala que el juez, con independencia de la punibilidad de la persona acusada, debe ordenar el comiso de los objetos que han servido o estaban destinados a cometer un delito o son producto del delito, si tales objetos comprometen la seguridad de las personas, la moralidad, o el orden público. La norma agrega que el Juez puede ordenar que los objetos confiscados sean inutilizados o destruidos.[149] Nótese que hablamos de un comiso que no depende de la responsabilidad penal de la persona enjuiciada, lo que tiene sentido si se considera que este comiso se dirige contra objetos peligrosos, que guardan conexión con la conducta criminal. Además, por no tener el carácter de pena, tampoco es extraño que se prescinda de los elementos penales en su aplicación. Según Aguado Correa, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional suizo se habla del carácter represivo del comiso y su cercanía a la pena,[150] criterio que

---

147 La norma, estima Manzanares Samaniego, permite evitar la quiebra de dicho principio al ajustar la imposición del comiso a la importancia del hecho y el reproche que cabe hacer a sus responsables. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525.

148 "§ 74b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
(1) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so darf sie in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 und des § 74a nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 74a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht.
(2) Das Gericht ordnet in den Fällen der §§ 74 und 74a an, daß die Einziehung vorbehalten bleibt, und trifft eine weniger einschneidende Maßnahme, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. In Betracht kommt namentlich die Anweisung,
1. die Gegenstände unbrauchbar zu machen,
2. an den Gegenständen bestimmte Einrichtungen oder Kennzeichen zu beseitigen oder die Gegenstände sonst zu ändern oder
3. über die Gegenstände in bestimmter Weise zu verfügen.
Wird die Anweisung befolgt, so wird der Vorbehalt der Einziehung aufgehoben; andernfalls ordnet das Gericht die Einziehung nachträglich an.
(3) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so kann sie auf einen Teil der Gegenstände beschränkt werden."
StGB.

149 "Art. 69
1 Il giudice, indipendentemente dalla punibilità di una data persona, ordina la confisca degli oggetti che hanno servito o erano destinati a commettere un reato o che costituiscono il prodotto di un reato se tali oggetti compromettono la sicurezza delle persone, la moralità o l'ordine pubblico.
2 Il giudice può ordinare che gli oggetti confiscati siano resi inservibili o distrutti."
Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937. Texto disponible en italiano en: http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/.

150 AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 117.

ciertamente choca con la decisión legislativa de incluir el comiso de seguridad entre las medidas que desvinculan su imposición de la culpabilidad del sujeto activo.

Tratándose de los instrumentos de la infracción, en Brasil encontramos una regulación interesante. La figura del comiso está contemplada en el Capítulo VI, bajo la rúbrica los efectos de la condena,[151] que a su vez se dividen en genéricos y específicos. Son genéricos la obligación de indemnizar el daño causado con el delito y la pérdida a favor del Estado, sin perjuicio de los derechos del perjudicado o de un tercero de buena fe: a) de los instrumentos del crimen, desde que consistan en cosas cuya fabricación, venta, uso, portación o disfrute sea ilícito y b), del producto del delito, o de cualquier bien o valor que constituya un beneficio obtenido por el agente con la práctica del acto criminal.[152] Como se desprende de la norma, el comiso se reserva a aquellos instrumentos que son ilícitos, es decir, cuya portación, uso, disfrute, fabricación o venta está prohibido, p. ej., ciertas armas de uso exclusivo del Ejército, o las máquinas de fabricar dinero. No sucede lo mismo con los bienes que son lícitos, v.g., un automóvil, o un cuchillo de cocina.[153] Es importante apreciar que la norma no habla de la peligrosidad intrínseca del bien, sino de su carácter ilícito. Aunque podemos pensar que algunas de las prohibiciones con respecto a la portación, uso, disfrute, fabricación o venta de un objeto se relacionan con sus propias características, también puede suceder que se trate de restricciones de orden administrativo, con lo cual el tema de la peligrosidad podría pasar a un segundo plano.

Además del comiso de los instrumentos, se contempla el del producto y el provecho del delito. En el término *producto,* De Souza Nucci comprende lo directamente obtenido con la comisión del hecho, v.g., el dinero que ha sido sustraído de un banco y en el *provecho*, los bienes o valores en los cuales se ha convertido o transformado aquel *producto.*[154] Entiendo que De Souza Nucci o deja de lado que la

---

[151] Este capítulo pertenece al Título V denominado *Das penas*. Véase el Código Penal de Brasil. Decreto-Lei N° 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponible en: http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf.

[152] "Art. 91. São efeitos da condenação:

I- tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II- a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso."

Código Penal de Brasil.

[153] Ejemplos citados por DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado.* Brasil, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 10° edição revista, atualizada e ampliada, 2010, p. 523. En la misma página, este autor cita también una sentencia en la cual, tratándose del ámbito penal, se dispuso no decomisar el dinero vinculado con un caso de tentativa de evasión de impuestos (el sujeto pretendía salir de Brasil rumbo a Paraguay con una importante cantidad de dinero), por no tratarse de cosa ilícita. Finalmente, señala que el comiso de determinados bienes previstos en la *Lei de Tóxicos* es una excepción a lo anterior, pues procede confiscar vehículos, embarcaciones, aeronaves o cualquier otro medio de transporte, así como instrumentos u objetos de cualquier naturaleza empleados para realizar los delitos contemplados en esa regulación.

[154] *"Quanto ao produto do crime, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tais como o dinheiro subtraído do banco ou coleção de armas retirada de um colecionador. Além do producto, é possível que o delinquente converta em outros bens ou valores o que auferiu por*

ganancia y los efectos son distintos, o parte de un concepto amplio de producto, que abarca ambos. En cualquier caso, se echa en falta que, en relación con los *efectos*, el Código Penal no valore su peligrosidad, o como mínimo su licitud comercial, tal y como lo hace con los instrumentos.

Finalmente, nótese que el comiso se prevé como un efecto de la condena, con lo cual ésta se constituye en un presupuesto necesario para su imposición, lo que no tiene sentido si el instrumento a decomisar es peligroso. Si lo que se pretende es proteger a la sociedad de un objeto que entraña un riesgo, los elementos penales que rodean el hecho criminal no deberían considerarse relevantes. V.g., A posee una máquina de fabricar dinero que no se puede decomisar, pues al haber prescrito la acción penal, A no ha sido condenado.

El caso del Código penal portugués es similar, pues en su artículo 109 se prevé la pérdida, a favor del Estado, de *"los objetos que se hubieren servido o estuviesen destinados a servir para la realización de un hecho ilícito típico, o que hubieren sido producidos por éste, cuando, según su naturaleza o conforme a las circunstancias del caso, pusieren en peligro la seguridad de las personas, la moral o el orden público, u ofrecieran riesgo cierto de ser utilizados para la comisión de nuevos hechos ilícitos típicos."*[155] El comiso de los efectos e instrumentos en consecuencia, dependerá de su peligrosidad, o del riesgo de que sean empleados para cometer nuevas infracciones. Tan es así que la misma norma agrega que esta medida se adoptará incluso en el caso de que *"ninguna persona determinada pueda ser castigada por el hecho."* [156] En

conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário." DE SOUZA NUCCI, *ibídem,* p. 523. Más adelante, este autor señala: *"...como regra, o produto do crime é objeto de apreensão. Assim ocorre quando a polícia, verificando que o agente esconde em sua casa o dinheiro levado de um banco, por exemplo, consegue mandado de busca e apreensão, invadindo o local para apropriar-se do produto do crime. Entretanto, no tocante ao proveito do delito; não cabe proceder à apreensão, pois normalmente já foi convertido em bens diversos, móveis ou imóveis, que possuem a aparência de coisas de origen lícita. O delinquente que, empregando o dinheiro subtraído do banco, compra imóveis e carros, v.g., deve ter esses bens sequestrados."* DE SOUZA NUCCI, *ibídem,* p. 524.

[155] "Artigo 109
Perda de instrumentos e produtos
1 - São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.
2 - O disposto no número anterior tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto.
3 - Se a lei não fixar destino especial aos objectos perdidos nos termos dos números anteriores, pode o juiz ordenar que sejam total ou parcialmente destruídos ou postos fora do comércio."
Código Penal Português. Disponible en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf.

[156] Según Manzanares Samaniego, al enfatizar la peligrosidad de los instrumentos y productos, el Código penal portugués combina los rasgos cuasipenales de esta figura con los de las medidas de seguridad. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 526.

palabras de M. Maia Gonçalves, se prescinde de la culpabilidad como requisito para la pérdida.[157]

Importante aclarar que los productos contemplados en el art. 109, según la doctrina son los bienes que se originan con la conducta típica y que constituyen una categoría diversa a las ganancias.[158] Son lo que en la legislación española se denominan los *efectos*.

El art. 110 plantea la regla en relación con los objetos que pertenecen a terceros: la pérdida no tendrá lugar cuando al momento del hecho no pertenezcan a los autores o beneficiarios, o no les pertenezcan al momento en que la pérdida es decretada. La excepción a esta regla, también contenida en esta norma, es similar a la planteada en la legislación alemana:[159] la pérdida sí procederá cuando el tercero titular ha concurrido, de forma censurable, en su utilización o producción, o cuando del hecho hubiese obtenido ventajas, o ha adquirido el objeto por cualquier título después del hecho, conociendo su procedencia.[160]

---

[157] Así, GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português.* Coimbra, Livraria Almedina, 13 Edição, 1999, p. 375.

[158] *"Mais problemática se afigura a definição de produto do crime. Ao contrário do que costuma pensar-se, «produto» não se identifica com vantagens retiradas do crime, mas com objectos criados ou produzidos pela actividade criminosa. Assim, por exemplo, os objectos furtados ou a soma obtida com a burla não consubstanciam o «produto » em sentido técnico, para efeito do art. 107. °; antes se trata ali de «vantagens» cabidas no âmbito do art. 109.° O conceito de produto abarca, ao invés, a moeda contrafeita, o documento falsificado, a arma fabricada em violação das regras ou autorizações legais, etc. Nestes casos, a vantagem (cabida no art. 109.°) consistirá no enriquecimento patrimonial conseguido com a respectiva venda ou utilização."* DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime.* Coimbra, Coimbra Editora, Tomo II, 2005, p. 618. En igual sentido, M. Maia Gonçalves habla de los productos como los efectos del hecho, los producidos con su comisión. GONÇALVES, *Código Penal Português, op. cit.,* pp. 375-376.

[159] Manzanares Samaniego cree que esta norma tiene una indudable inspiración germana. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 526.

[160] "Artigo 110º
Objectos pertencentes a terceiro
1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem, à data do facto, a nenhum dos agentes ou beneficiários, ou não lhes pertencerem no momento em que a perda foi decretada.
2 - Ainda que os objectos pertençam a terceiro, é decretada a perda quando os seus titulares tiverem concorrido, de forma censurável, para a sua utilização ou produção, ou do facto tiverem retirado vantagens; ou ainda quando os objectos forem, por qualquer título, adquiridos após a prática do facto, conhecendo os adquirentes a sua proveniência.
3 - Se os objectos consistirem em inscrições, representações ou registos lavrados em papel, noutro suporte ou meio de expressão audiovisual, pertencentes a terceiro de boa fé, não terá lugar a perda, procedendo-se à restituição depois de apagadas as inscrições, representações ou registos que integrarem o facto ilícito típico. Não sendo isso possível, o tribunal ordena a destruição, havendo lugar à indemnização nos termos da lei civil."
Sobre este tema, véase DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime, op. cit.,* pp. 994-995.

4. Fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos en la legislación española.

La doctrina de manera prácticamente unánime, señala que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos en la legislación española es el peligro asociado al bien (así v.g., Manzanares Samaniego[161]; Gracia Martín;[162] Ocaña Rodríguez;[163] Ramón Ribas;[164] Faraldo Cabana;[165] Puente Aba;[166] Calderón Cerezo y Choclán Montalvo[167], entre muchos otros[168]).

Tratándose de su orientación teleológica, sobresale el propósito de asegurar a la colectividad frente al peligro mencionado, en particular aquel que supone su em-

[161] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 246. Según él, el fundamento del comiso de los efectos está en la noción de peligro, que solamente tiene sentido en el caso de los efectos y en el de los *instrumenta sceleris*.

[162] GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* pp. 446-447.

[163] Para Ocaña Rodríguez, frente a la confiscación de la ganancia el comiso de seguridad debe estar referido a los instrumentos y efectos del delito, que son peligrosos para la colectividad, que solo excepcionalmente pueden si acaso circular o ser objeto de posesión o detentación; o que pueden ser usados para cometer otros hechos antijurídicos en el futuro. OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. "Una propuesta de regulación del comiso." En: *Revista de Derecho y Proceso Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, N° 14, Año 2005-2, p. 74.

[164] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 542; RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.,* p. 665.

[165] FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 255.

[166] PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 985. También véase PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *AFDUC, op. cit.*, p. 853 y PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 6. En estas obras habla de la peligrosidad objetiva de determinados bienes como fundamento del comiso de efectos e instrumentos.

[167] CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Editorial Bosch S.A., Tomo I, 1999, pp. 523-524, 527. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* pp. 29, 40. Para Choclán Montalvo este comiso también puede estar orientado a "*sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho."* Así CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 345.

[168] Hablan también de la peligrosidad objetiva de las cosas materiales como fundamento de este comiso: JORGE BARREIRO, Agustín. "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *Actualidad Penal.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2000, p. 511; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 973; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. "El comiso." En: *Diario La Ley.* Madrid, Editorial La Ley, N° 5495, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2002, Año XXIII, pp. 3-4; PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, 2000, p. 952.

pleo en la comisión de futuras infracciones (p. ej., Gracia Martín;[169] Peris Riera y Plá Navarro;[170] Puente Aba;[171] Choclán Montalvo:[172] Núñez Fernández;[173] Cerezo Domínguez;[174] Octavio de Toledo y Ubieto[175] y Ramón Ribas[176]).

Definidos los puntos sobre los que hay acuerdo, es momento de abordar los distintos matices que, sobre este tema, existen en la doctrina, algunos de los cuales no pueden ser pacíficamente aceptados. P. ej., Muñoz Conde y García Arán señalaron que el comiso de los efectos pretendía evitar el enriquecimiento injusto de los responsables, al igual que el comiso de las ganancias.[177] Esta afirmación es incorrecta, pues supone confundir la categoría de los efectos con la de las ganancias provenientes del delito o falta. El error antes descrito, sin embargo, no lo cometen al hablar de los instrumentos. En relación con estos, indicaron que su comiso pretendía evitar la comisión de nuevas infracciones,[178] al contrarrestar su peligrosidad objetiva para evitar la repetición del delito.[179]

---

169 GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* pp. 446-447. En la página 450 de esta misma obra, Gracia Martín señala que el fundamento y finalidad del comiso es *"...la protección de la comunidad frente a la peligrosidad objetiva de los instrumentos...".* Vid. también GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* pp. 564, 566.

170 PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, 2000, p. 952.

171 PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 985. Igualmente léase PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *AFDUC, op. cit.,* p. 853.

172CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* pp. 29 y 40.

173 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* pp. 973-974.

174 *"En efecto, como se ha apuntado supra, la peligrosidad, en el sentido de probabilidad de comisión de hechos delictivos, puede provenir no solo de las personas sino también de las cosas, situaciones objetivas o actividades determinadas con independencia de que las lleve a cabo una persona concreta. En estas situaciones de peligrosidad objetiva de una cosa se tienen que arbitrar medidas disuasorias que tendrán carácter de aseguramiento de la colectividad frente al peligro de que tales objetos sean utilizados de nuevo por el autor de la infracción delictiva o por otra persona para la comisión de futuros delitos."* CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 34.

175 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 4.

176 RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 663.

177 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* Valencia, Tirant lo Blanch, 7° edición revisada y puesta al día, 2007, p. 607. MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 621. Véase también GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* pp. 953, 955-956. En esta última obra, la autora indica que *el efecto* es todo lo que se deriva o procede de algo, lo que conduce *prima facie* al concepto de enriquecimiento injusto; que el comiso de los instrumentos no se basa en el enriquecimiento injusto sino en su peligrosidad objetiva y que el concepto de ganancia es una ampliación del concepto de efecto.

178 MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 7° edición, p. 607.

179 MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 621.

Apoyándose en Gracia Martín, autores como Borja Mapelli Caffarena consideran que el comiso de efectos e instrumentos tiene por fundamento el peligro de que estos sean usados de manera peligrosa. La finalidad en consecuencia, es preventiva especial. Según este último autor, *"…el fundamento del comiso está en la peligrosidad del uso peligroso que un cierto sujeto hace de ellos y cuando la titularidad de los mismos es de una tercera persona, el fundamento del comiso está en que el propietario no ofrece garantías suficientes de que el condenado acceda al uso peligroso de dichos bienes…".*[180] Para Borja Mapelli Caffarena, se trata de una reformulación actual de la finalidad inocuizadora, asociada al desarrollo de la prevención situacional, que plantea como estrategia contra los delitos evitar situaciones que los favorecen, por ejemplo el fácil acceso a instrumentos que han sido empleados para otros delitos. Éste es el fundamento preventivo del comiso, una peligrosidad que como no es estrictamente objetiva, sino del sujeto con respecto a ciertos bienes, requiere para su imposición ciertas garantías y un pronóstico de criminalidad desfavorable.[181] En este mismo sentido se expresan Aguado Correa[182] y Ramón Ribas. Éste último señala que la función del comiso, consistente en anular la peligrosidad objetiva de determinados bienes, le impone un ejercicio de prevención especial objetiva que lo aproxima a las medidas de seguridad personales (en tanto supone mirar al futuro y no al pasado) y la necesidad de probar esa peligrosidad objetiva.[183] La participación del bien como instrumento, efecto o ganancia derivada de él, es una primera manifestación de la peligrosidad objetiva del bien, peligrosidad que deberá comprobarse, sea porque se trate de bienes que son efectivamente peligrosos, o porque lo son en razón de su inadecuada titularidad.[184]

---

[180] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50.

[181] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, ibídem,* p. 51.

[182] Aguado Correa señala que el comiso de efectos e instrumentos tiene una función preventiva especial. Sin embargo, esta autora aclara que dicha función no se corresponde con la que se plantea para las penas y las medidas de seguridad (dirigida a la reeducación y reinserción social), sino que consiste en una reformulación actualizada de la inocuización en los términos que plantea Mapelli Caffarena. AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 41. En las páginas 50 y 51 de esa misma obra, también habla de la peligrosidad del objeto desde dos perspectivas: el que es de naturaleza absolutamente peligrosa y el que lo es de manera relativa, pues al estar en manos de ciertos sujetos es muy probable que se le dé un uso ilegítimo.

[183] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 547. En otra obra, señala*: "… la peligrosidad que fundamenta la imposición del comiso debe juzgarse en término objetivos (como he advertido anteriormente, si bien la pena se dirige contra una persona, concretamente, contra la que ha cometido el delito, el comiso "persigue" al bien, a los efectos, instrumentos o ganancias del delito…"* RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, pp. 779. En un sentido similar, el Consejo General del Poder Judicial, al comentar el Anteproyecto de reforma del Código Penal, apuntó que el comiso de instrumentos tenía una finalidad preventiva especial, al buscar *"eliminar la peligrosidad individual del concreto reo al que se aplica, privándole de medios para cometer nuevos delitos."* DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 67.

[184] RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 780.

Estimo que las palabras de Mapelli Caffarena, sobre todo en lo relacionado con el pronóstico de criminalidad, pueden ser interpretadas erróneamente, razón por la que debemos ser cuidadosos al examinarlas. En primer término, Gracia Martín, autor en el cual se apoyan tanto Mapelli Caffarena como Ramón Ribas, niega que el comiso se base en la peligrosidad criminal del sujeto. Como ya indiqué, este autor considera que la peligrosidad objetiva de determinados objetos es el fundamento del instituto (en concreto, la peligrosidad de las cosas cuando están a disposición de determinadas personas), así como que su finalidad es evitar su empleo en la comisión de futuras infracciones.[185] Para aplicar el comiso debería bastar con la realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico probabilidad de que esos objetos puedan ser usados en el futuro para cometer nuevos delitos, incluso en caso de que no pertenezcan al autor del hecho sino a terceros, cuando estos u otras personas en su nombre, tengan deberes de vigilancia y no puedan garantizar que no serán empleados por ellos mismos, o por otros para cometer nuevos delitos.[186] A modo de ejemplo, considera procedente el decomiso de una escopeta de caza legalmente adquirida y cubierta por una licencia que ha sido empleada por alguien diferente al propietario para causar lesiones, en caso de que ese propietario no sea capaz de cumplir el deber de vigilancia de dicho objeto para evitar que se emplee en nuevos hechos criminales.[187] Gracia Martín en resumen, cree que el comiso para ser acorde con su finalidad y fundamento, no se debe aplicar cuando *"la cosa no sea peligrosa y no se compruebe la probabilidad de que sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos hechos antijurídicos."*[188] Nótese que él no hace depender la imposición del comiso de la peligrosidad criminal del autor de la conducta típica y antijurídica, sino de la del objeto a decomisar. El pronóstico que él sugiere realizar es en relación con el objeto, precisamente para establecer si es de naturaleza peligrosa y si puede volver a ser empleado en futuros hechos criminales, lo que también supone valorar si su titular puede garantizar su vigilancia. En esta misma línea de ideas deben comprenderse las palabras de Ramón Ribas, quien como ya indiqué, señala que ese juicio de peligrosidad que recomienda Gracia Martín se aproxima al que corresponde hacer tratándose de las medidas de seguridad personales. Ramón Ribas no está sugiriendo que en el comiso resulte de interés la peligrosidad criminal, sino sencillamente que, al igual que sucede con las medidas de seguridad, en este caso correspondería hacer un pronóstico a futuro. Por todo lo expuesto, creo que cuando Mapelli Caffarena habla del pronóstico de criminalidad desfavorable como requisito para el comiso, no se está refiriendo a la peligrosidad del autor de la conducta, sino a de la del objeto a decomisar. Pensar de otra manera nos conduce a concluir que este autor, en lugar de una técnica de prevención situacional (caracterizada por aplicarse con carácter general a todos los

185 GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, actualizada y adaptada a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, 2004, pp. 496-497.

186 GRACIA MARTÍN*; et ál., Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, ibídem,* p. 498.

187 GRACIA MARTÍN; *et ál., Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, ibídem,* pp. 500-501.

188 GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* pp. 448-449.

ciudadanos sean delincuentes o no),[189] estaría convirtiendo el comiso en una figura más que próxima a las medidas de seguridad (al poner el acento en la peligrosidad criminal),[190] pero sin estar sometido a los fines de éstas (resocialización e inocuización inclusive). También nos permitiría avalar el comiso de bienes de uso cotidiano y fácil adquisición por el simple motivo de que el autor del hecho pueda disponer de los mismos para cometer futuras infracciones y a la inversa, la no admisión del comiso de efectos e instrumentos que son intrínsecamente peligrosos, esto cuando el pronóstico de peligrosidad del autor del hecho no sea desfavorable. Siempre sobre este tema, hay que recordar que el comiso de los efectos e instrumentos está centrado en la peligrosidad del bien, pues lo que se desea es evitar su empleo en la comisión de futuras infracciones por cualquier persona, no solo por el autor de la conducta, cuya peligrosidad de existir, difícilmente se verá atemperada por el comiso de unos objetos, máxime si consideramos que su resocialización o inocuización son propósitos intrascendentes en este campo.

Mapelli Caffarena critica a Gracia Martín pues a pesar de reconocer que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos radica en la peligrosidad que se asocia al uso que ciertos bienes, sea porque son intrínsecamente peligrosos o porque lo son en manos de una determinada persona, niega que ese comiso tenga relación con las medidas preventivas.[191] En realidad, lo que Gracia Martín niega es que se pueda atribuir al comiso las finalidades preventivas que se asocian a las penas o las medidas de seguridad, pues el comiso no se dirige a resocializar o inocuizar al sujeto peligroso. Como el comiso de efectos e instrumentos no tiene como presupuesto ni la culpabilidad (como sucede con la pena), ni la peligrosidad criminal (como sucede con las medidas de seguridad), sino *"la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos,"*[192] niega que tenga carácter penal. Aunque no comparto con él esta conclusión (negar la naturaleza penal al comiso), creo que acierta al distinguir entre los propósitos preventivos del comiso de efectos e instrumentos y los fines preventivos que tienen las penas y las medidas de seguridad, pues en tanto aquellos se relacionan con la peligrosidad de un objeto determinado, que incluso puede ser de un tercero, tratándose de las penas y las medidas de seguridad los

---

189 *"Esta manera de concebir el fenómeno criminal que se deriva de las teorías del crimen lleva a un diferente entendimiento de prevenir la delincuencia. En lugar de mejorar la situación económica o la salud psicológica del sujeto delincuente, debemos intervenir sobre las situaciones y oportunidades delictivas. Este modelo de prevención no pretende eliminar... criminales mediante la mejora de la sociedad o sus instituciones, sino simplemente hacer el delito menos atractivo para los potenciales delincuentes. Si queremos prevenir eficazmente el delito debemos reducir las oportunidades para el mismo a través de la modificación del medio ambiente o las situaciones…."* MEDINA ARIZA, Juan. "El control social del delito a través de la prevención situacional." En: STANGELAND, Per (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a La Criminología aplicada.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 15, 1997, pp. 283-284.

190 De hecho, Borja Mapelli Caffarena niega que el comiso de efectos e instrumentos pueda considerarse una medida de seguridad. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50.

191 MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, ibídem,* p. 50.

192 GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 447.

fines preventivos se articulan alrededor de la persona del autor o partícipe de la infracción, intentando intervenir en su voluntad. Una vez hecha esta aclaración, entiendo que en lo medular los tres autores (Gracia Martín, Ramón Ribas y Mapelli Caffarena), coinciden en que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos radica en la peligrosidad del bien y en la necesidad de proteger a la colectividad de ese peligro, en especial el que supone su empleo en la comisión de nuevas infracciones.

En términos similares a los expuestos por Ramón Ribas, se posicionan autores como Octavio de Toledo y Ubieto[193] y Choclán Montalvo, según los cuales el comiso de efectos e instrumentos es un comiso de seguridad, dirigido a prevenir determinados riesgos. Para Choclán Montalvo, en los casos en que el bien es objetivamente peligroso, el comiso busca defender a la colectividad de los mismos. Cuando la peligrosidad del bien consiste en su posible empleo para la comisión de hechos punibles y no en su peligrosidad intrínseca (de hecho puede no darse ésta), el comiso se configura como una medida *ad personam*, que del mismo modo que sucede con las medidas de seguridad postdelictuales, se dirige a *"contrarrestar la peligrosidad del sujeto, no de la cosa, por lo que su contenido se asimila al propio de las medidas de seguridad restrictiva de derechos."* Así p. ej., cabría el comiso del arma cuya tenencia es lícita cuando se puede prever su empleo en próximos hechos, peligrosidad que se ha puesto en evidencia por la práctica de la infracción.[194] Aunque este autor no ahonda en el juicio de peligrosidad que debe realizarse, es clara la similitud que guarda su postura y la de Ramón Ribas, de allí que las consideraciones hechas en relación con éste y sobre todo las precauciones que expuse con respecto a la necesidad de no confundir este tema con las medidas de seguridad, sean nuevamente aplicables.

Ahora bien, Choclán Montalvo considera que este comiso también puede perseguir fines preventivos generales, a saber, sancionar a quien destina bienes lícitos aunque no peligrosos al cumplimiento de fines contrarios a Derecho.[195] Esta opinión también la asume Gascón Inchausti.[196] Éste entiende que el comiso de los instru-

---

193 *"En primer lugar, que el decomiso de los instrumentos del delito tiene un exclusivo sentido preventivo especial y, dentro de él, de mero aseguramiento; si bien de un aseguramiento que, ex lege y a diferencia también legal del que puedan tener ciertas medidas de seguridad, no está precisado de apreciación, conforme a un pronóstico previo, de peligrosidad criminal en el sujeto y de un aseguramiento que, presuntamente, se encuentra fundado en la peligrosidad objetiva de tales instrumentos. Se trata, en cualquier caso, de un sentido exclusivamente preventivo especial que, como es obvio, no resulta predicable en estos términos de la pena."* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 3.

194 CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* pp. 41-42. En otra obra, Choclán Montalvo confirma esta postura, al indicar que el comiso de instrumentos tiene un contenido que se aproxima al de las medidas de seguridad. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 339.

195 CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 40.

196 Este autor señala que con el decomiso de los efectos e instrumentos del delito, *"...lo que se pretende... es evitar el peligro de que vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos delitos o, en general, el peligro que representan determinados objetos en sí mismos: ésta es la razón de que también reciba en ocasiones la denominación de «decomiso de seguridad». Sin embargo, además de esta*

mentos y efectos busca evitar el peligro de que los bienes vuelvan a ser empleados para cometer nuevas infracciones, o en general el peligro que algunos objetos representan en sí mismos, de allí que en esta ocasión se hable de decomiso de seguridad. Para Gascón Inchausti, a pesar de esa función preventiva que lo aproxima a una medida de seguridad, no se excluye que el comiso de los efectos e instrumentos cumpla fines de prevención general, ya que transmite a la sociedad la idea de que el delincuente pierde la propiedad de los elementos que emplea en la conducta ilícita.[197]

A mi modo de ver, considerar que el comiso de efectos e instrumentos tiene el efecto de sancionar el uso de bienes para cometer hechos que son contrarios a Derecho, supone prescindir de la peligrosidad del bien como un elemento clave para determinar la procedencia del comiso. Esta postura, aunque ajustada al art. 127 CP (pues en la norma no se menciona el tema de la peligrosidad), es un error en términos de lo que *debe ser*, ya que implica desnaturalizar una figura que como todos reconocen, se basa precisamente en el peligro que acarrean ciertos bienes y en la necesidad de neutralizar ese peligro.

Tras la exposición de todos estos planteamientos, concluyo que el fundamento del comiso de los efectos e instrumentos radica en la *peligrosidad del bien*. Esa peligrosidad debe ser evaluada desde dos vertientes. La primera y más importante, la objetiva. Hablamos del bien que es peligroso intrínsecamente con independencia de quién sea su titular, o quien pueda tener acceso a él (v.g., explosivos, veneno, armas prohibidas, etc.). En estos casos el comiso debería imponerse sin tomar en cuenta otros extremos, por ejemplo los penales (a modo de ilustración, el comiso debería ser procedente con independencia de que haya o no una condena), o los derechos que terceros puedan invocar sobre los bienes (situación diversa es que según sea el caso, corresponda conceder a esos terceros alguna indemnización). La segunda vertiente es la subjetiva. Ésta supone examinar la relación que se da entre el bien y un determinado sujeto, para decidir sobre la peligrosidad del primero, tarea que se debe realizar con cuidado, pues no puede llevarnos al absurdo de admitir el comiso de bienes insignificantes, quizá también de uso cotidiano y fácilmente remplazables, por el hecho de que en manos de una persona concreta se convierten en peligrosos. V.g., un paraguas o una tijera puede convertirse en un objeto peligroso si está en manos de un individuo peligroso. Aceptar el comiso en estos casos, supondría cambiar la finalidad de la medida, pues en lugar de proteger a la sociedad de los bienes que entrañan un riesgo, el comiso se emplearía para neutralizar al sujeto peligroso mediante la eliminación de cualquier objeto que en su poder adquiera semejante connotación, lo que además es desconocer que el problema de la peligrosidad del individuo se aborda a través de figuras específicas, como lo son las medidas de seguridad. Así las cosas, el examen sobre la peligrosidad del bien a decomisar desde la perspectiva subjetiva, no debe girar exclusivamente sobre la peligrosidad del autor

función preventiva –que lo aproxima a una medida de seguridad–, suele reconocerse igualmente que esta modalidad de decomiso también puede cumplir fines de prevención general, dado que transmite a la sociedad la idea de que el delincuente pierde la propiedad de los elementos utilizados para la comisión de conductas ilícitas." GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* pp. 2-3.

[197] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 25.

de la conducta enjuiciada, ni sobre la pretensión de neutralizar su comportamiento peligroso, sino que se debe centrar en si el bien puede ser empleado para cometer nuevas infracciones, sea por el enjuiciado o por cualquier otra persona, lo que implica valorar las circunstancias del caso concreto. Aunque hay que tomar en cuenta al propio autor de la conducta sometida a juicio, requiere un examen de mayor envergadura. Veamos un ejemplo. Pensemos en productos químicos empleados para cometer una infracción medio ambiental, que a pesar de haber sido adquiridos de conformidad con la regulación vigente, no están sometidos a una adecuada custodia por parte de su propietario (que puede ser un tercero), de allí que puedan convertirse nuevamente en el instrumento de futuros hechos criminales, sea por el imputado o por cualquier otra persona. El comiso, en este caso, debería proceder a pesar de que el bien en cuestión no sea intrínsecamente peligroso.

Del mismo modo, siendo que la imposición de la medida debe limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (sea desde la vertiente objetiva o subjetiva), no tiene sentido aplicar en estos casos el comiso por valor equivalente. Tratándose del comiso subrogatorio, solo tendrá cabida cuando el bien en que se haya transformado o convertido el efecto o instrumento siga siendo peligroso. De esta manera, la orientación teleológica del comiso se vincula claramente con su fundamento: se busca neutralizar la peligrosidad de algunos objetos y evitar su empleo en la comisión de nuevas infracciones.

A pesar de la importancia que tiene el tema de la peligrosidad del bien, el art. 127 CP no lo contempla. Llama la atención este hecho, máxime si se considera que en la inclusión del comiso bajo la rúbrica de las consecuencias accesorias tuvo una gran influencia la normativa alemana, que al igual que los otros ordenamientos jurídicos que se describieron atrás, toman en cuenta ese extremo.

Con el propósito de poner en sintonía el régimen legal del comiso y su fundamento y función, algunos han dicho que el legislador español no incorporó el juicio de peligrosidad objetiva de los efectos e instrumentos de la infracción, pues al igual que sucede con los delitos de peligro abstracto, ese juicio lo realizó en abstracto, concluyendo que determinados bienes son peligrosos.[198] Creo que esta respuesta

[198] Dice Ramón Ribas: *"... A la introducción de un juicio de peligrosidad en el caso concreto parece oponerse el texto de la ley, que se expresa en términos eminentemente imperativos,... con independencia, por tanto, de toda comprobación posterior que verifique la efectiva peligrosidad objetiva del bien. Compatibilizar, aceptada esta premisa, la regulación del comiso con su fundamento y función requiere considerar que el legislador ya realizó, con carácter general, un juicio de peligrosidad objetiva de los bienes empleados en la ejecución de delitos o derivados de ella, sustrayendo al juzgador la facultad de individualizar aquel juicio y verificar la peligrosidad actual de los bienes..."* Más adelante, este autor señala: *"Entre las dos alternativas ofrecidas para cohonestar el fundamento y función del comiso con su régimen legal (introducir un juicio de peligrosidad objetiva del bien y entender que dicho juicio ya ha sido abstractamente realizado por el legislador), es la primera de ellas la que más me satisface, pues elimina la necesidad de una medida cuya gravedad y proyección requieren su sometimiento a un control que verifique dicha necesidad en términos de actualidad, que ajuste perfectamente la aplicación del comiso a su fundamento y función."* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 548-549, 553. Véase también RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 781.

no es acertada, pues implica desconocer que los vocablos *efectos e instrumentos* son categorías bajo las cuales se pueden ubicar un innumerable listado de bienes, muchos que pueden no acarrear peligro alguno. Asimismo, si lo que se busca con el comiso es neutralizar la peligrosidad de un determinado bien, no debería negarse al operador jurídico el poder para establecer en cada caso si, efectivamente, se alcanza o no dicho propósito con la aplicación de la medida.

Con un mejor criterio la mayor parte de la doctrina sugiere realizar una interpretación restrictiva del art. 127, acorde con la finalidad y el fundamento del comiso (v.g., Gracia Martín;[199] Puente Aba;[200] Mapelli Caffarena[201] y Ramón Ribas[202]). Tanto Gracia Martín como Puente Aba estiman que solo es admisible imponer el decomiso sobre bienes que sean realmente peligrosos y siempre que exista una probabilidad demostrada de que se emplee en la comisión de nuevos hechos delictivos.[203] Borja Mapelli Caffarena, tras criticar el automatismo de la norma, considera que el pronóstico de peligrosidad del sujeto en contacto con ciertos bienes es indispensable

[199] GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* pp. 448-449.

[200] PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 990; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* 11-12.

[201] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52.

[202] *"En efecto, la función del comiso (anular la peligrosidad objetiva de determinados objetos) lo convierte en un ejercicio de prevención objetiva que, fundamentalmente por tener capacidad de alcanzar a terceros, no contiene aspectos retributivos ni permite la actuación del principio de culpabilidad, resultando de ello, por una parte, una evidente proximidad con las medidas de seguridad personales y, por otra, la necesidad de probar la peligrosidad objetiva de determinados bienes que, por constituir instrumentos, efectos o ganancias del delito, han sido abstractamente seleccionados como susceptibles de ser decomisados. Se trata en suma, de comprobar si dichos bienes son, efectivamente, sea por su naturaleza (documentos falsificados, alimentos fabricados sin respetar los controles legales establecidos, etc.) o por razón de su inadecuada titularidad, peligrosos y por consiguiente, necesaria la imposición de la consecuencia (pérdida definitiva del bien). El juicio, con sus evidentes matices, se aproxima al establecido en el artículo 95.1 del Código Penal y, como él, supondrá mirar al futuro y no, como sucede cuando de imponer una pena se trata, hacia el pasado..."* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 547. También, RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 782.

[203] Recordemos que a Gracia Martín no le parece indispensable que el autor actúe culpablemente, de ahí que para el comiso baste un hecho antijurídico y el pronóstico de probabilidad de que las cosas peligrosas pueden ser empleadas en el futuro para cometer nuevas infracciones. GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 447. Puente Aba recomienda vincular la imposición del comiso de los efectos e instrumentos con su fundamento, a saber, su peligrosidad objetiva, acudiendo para ello a una interpretación restrictiva del precepto, *"de modo que sólo sería admisible decomisar un bien que sea real y objetivamente peligroso, y siempre que exista una probabilidad demostrada de que se emplee en la futura comisión de nuevos hechos delictivos."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 990. Vid. también PUENTE ABA, Luz María. "Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal." En: *Panóptico: contra la cultura carcelaria (Dossier sobre La Contrarreforma Penal)*. N° 6, 2003, p. 128.

para proceder al comiso de estos.[204] Ramón Ribas como ya indiqué, señala que la participación del bien como instrumento, efecto o ganancia derivada de la infracción en un ilícito, es una primera manifestación de su peligrosidad objetiva y la previsión de que pueda darse una segunda participación, es lo que justificará la adopción de medidas dirigidas a prevenirla.[205] Por esto, para decretar el comiso, se requiere realizar antes un juicio de peligrosidad objetiva que concluya con un pronóstico de probabilidad de que los bienes se emplearán para cometer un nuevo delito.[206] Hay que aclarar que para este autor, tanto el comiso de los instrumentos y efectos como el de las ganancias, tienen entre sus fundamentos la peligrosidad del bien (cosa cuestionable tratándose de las ganancias),[207] pero hecha esta salvedad, sus razonamientos son atendibles.

Es loable que se abogue por aplicar de forma restrictiva el art. 127 CP, máxime si se considera que el principio de proporcionalidad, único criterio que limita la aplicación del instituto, no toma en cuenta la peligrosidad del bien. Sin embargo, el tenor literal de la norma no da lugar a interpretaciones. La peligrosidad del bien sobre el que recae la medida carece de importancia y tan claro es esto que, una vez impuesta la pena, el comiso tiene carácter preceptivo. Por este motivo, es necesario reformar el texto legal, imponiendo al juzgador la obligación de verificar la existencia del peligro en cada caso, pues solamente así se cumplirán con los objetivos que persigue el comiso de efectos e instrumentos y se dejará de aplicar la figura con automatismo, lo que ha llevado al absurdo de decomisar bienes que no son peligrosos, que son de uso cotidiano o fácilmente reemplazables.

Asimismo, si el fundamento de este comiso es la peligrosidad del bien, la imposición de la medida no debería supeditarse a los elementos penales. La imposición de una pena no debería ser requisito para imponer este comiso, bastando con una conducta que pueda considerarse típica y antijurídica, tal y como sucede en los or-

---

[204] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52.

[205] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 545-546.

[206] *"En efecto, la función del comiso (anular la peligrosidad objetiva de determinados objetos) lo convierte en un ejercicio de prevención objetiva que, fundamentalmente por tener capacidad de alcanzar a terceros, no contiene aspectos retributivos ni permite la actuación del principio de culpabilidad, resultando de ello, por una parte, una evidente proximidad con las medidas de seguridad personales y, por otra, la necesidad de probar la peligrosidad objetiva de determinados bienes que, por constituir instrumentos, efectos o ganancias del delito, han sido abstractamente seleccionados como susceptibles de ser decomisados. Se trata en suma, de comprobar si dichos bienes son, efectivamente, sea por su naturaleza (documentos falsificados, alimentos fabricados sin respetar los controles legales establecidos, etc.) o por razón de su inadecuada titularidad, peligrosos y por consiguiente, necesaria la imposición de la consecuencia (pérdida definitiva del bien). El juicio, con sus evidentes matices, se aproxima al establecido en el artículo 95.1 del Código Penal y, como él, supondrá mirar al futuro y no, como sucede cuando de imponer una pena se trata, hacia el pasado…"* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, ibídem,* p. 547.

[207] Digo cuestionable pues creo que las ganancias no son peligrosas. El mismo Ramón Ribas estima que el juicio de peligrosidad puede obviarse cuando el comiso afecte las ganancias, según él, por la doble fundamentación de éste (para él, la peligrosidad objetiva y la producción de un enriquecimiento ilícito). Así, RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC*, *ibídem,* pp. 544, 548.

denamientos suizo, alemán y portugués descritos atrás. De igual manera, en casos de peligrosidad de la cosa, tampoco debería ofrecerse protección al tercero de buena fe, pues esto sería incompatible con el fundamento y la orientación teleológica del comiso. Si el bien es de naturaleza intrínsecamente peligrosa, o si lo es desde una perspectiva subjetiva (v.g., porque el tercero titular no puede garantizar que no será empleado en la comisión de nuevas infracciones), habrá que entender, como lo apunta Gracia Martín, que la buena fe decae[208] y el comiso es procedente (sobre esto volveré en el capítulo IV, al examinar la situación del tercero).

En suma, la peligrosidad de los bienes que han sido catalogados como efectos o instrumentos (y que puede ser intrínseca o en relación con alguien), es el fundamento de este comiso. La finalidad del instituto radica en la prevención del peligro que representan esos bienes y su eventual empleo en la comisión de futuras infracciones. Aunque se trata de un propósito preventivo, no se debe confundir con los fines preventivos que se asocian a las penas o las medida de seguridad,[209] pues en el comiso la prevención gira en torno al objeto peligroso y tratándose de las otras consecuencias jurídicas, se vincula con el autor o partícipe de la conducta, con el propósito de intervenir su voluntad.

B. Comiso de ganancias.

El comiso de las ganancias (también llamado confiscación por algunos autores[210] para distinguirlo del comiso de los efectos e instrumentos), fue introducido como regla general aplicable a todos los delitos en el CP de 1995.[211] De esta forma el legislador colmó un vacío normativo que la doctrina no dudaba en señalar,[212] máxime

[208] *"Por tercero de buena fe en este contexto debe entenderse a mi juicio únicamente al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos. En caso contrario, decaerá el juicio favorable de buena fe, y entonces los objetos peligrosos de su propiedad que fueron utilizados para cometer el delito podrán ser decomisados. En el caso de delitos cometidos a través de una persona jurídica con instrumentos de la propiedad de ésta o que produzcan efectos para ella procederá el comiso de los mismos si los encargados de la vigilancia de tales objetos peligrosos no prestan aquella garantía."* GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* pp. 564-565.

[209] Octavio de Toledo y Ubieto, p. ej., señala que el sentido preventivo especial que se puede atribuir al comiso de instrumentos no es predicable en los mismos términos de la pena. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 3.

[210] Por ejemplo, OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.,* p. 74 y CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 345.

[211] Para Cerezo Domínguez la inclusión del comiso de las ganancias provenientes del delito en la parte general del Código penal fue toda una novedad. CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. "La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa." En: *Actualidad Penal.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2001, p. 462.

[212] Manzanares Samaniego prácticamente en todas sus obras, ha insistido en la necesidad de contemplar expresamente el comiso de las ganancias junto al de los instrumentos y productos, pues son categorías diversas. En ese sentido, véanse las siguientes obras de este autor: "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 631; "Las penas patrimoniales en la pro-

cuando los operadores jurídicos hacían caso omiso de esa circunstancia e igualmente lo ordenaban.[213]

El significado del término *ganancias* es uno de los temas que abordaré a continuación. También trataré su tratamiento en las legislaciones penales de otros países; su orientación teleológica y fundamento; así como la diferenciación entre el principio de ganancias brutas y netas.

1. Concepto de ganancias.

Según la Real Academia Española[214], la ganancia es *"la utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción."* La utilidad es a su vez, el *"provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo."* El provecho es sinónimo de beneficio[215] y en esa medida, ganancia y beneficio son lo mismo. Esto es importante de cara a los tipos penales que usan este vocablo y no el de ganancia.[216]

Para la Real Academia Española, las ganancias también se pueden definir en relación con las pérdidas, a saber, como *"Cuenta en que anotan los tenedores de libros el aumento o disminución que va sufriendo el haber del comerciante en las operaciones mercantiles. En el debe de la contabilidad se anotan las pérdidas, y en el haber, las ganancias del comerciante."* Si trabajásemos con esta definición, debemos concluir que con el vocablo ganancia contenido en el art. 127 CP se deben abarcar únicamente las ganancias netas, pues los gastos o inversiones que se deben hacer para obtener

puesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, p. 246; "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 62 y "Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal.* Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 15 al 21 de junio de 1992, pp. 237-238.

213 Así, Manzanares Samaniego apunta: *"No hace falta insistir en la generalizada corruptela de nuestros tribunales al acordar, con el apoyo del artículo 48 del viejo Código Penal, el comiso de lo que no era instrumento o producto del delito, olvidando que en aquel precepto no se incluían ni las ganancias ni las cosas sólo relacionadas con la acción..."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 536. También apunta esta situación GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 64: *"... la jurisprudencia, con frecuencia, haciendo una lectura extensiva del significado del término "efectos", decretaba el comiso de lo que, en realidad, eran ganancias."* Finalmente, señala Aguado Correa: *"...el hecho de que no estuviese expresamente previsto el comiso de ganancias para todos los delitos y faltas, no ha sido óbice para que nuestros Jueces y Tribunales lo hayan decretado..."* AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 64.

214 Todas las definiciones que a continuación se expondrán y que se atribuyen a la Real Academia Española, proceden del *Diccionario de la Lengua Española, op. cit*.

215 El provecho se define como *"Beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio."* En igual sentido, Fernández Pantoja habla del provecho; ganancias o beneficios como sinónimos, que aluden a las ventajas patrimoniales obtenidas por el sujeto de forma ilícita al provenir de la comisión de un delito o falta. FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, p. 980.

216 Por ejemplo, el art. 271 apartado a) del Código Penal.

tales ganancias, deben ser deducidos por considerarse pérdidas. Sobre esto, volveré más adelante.

Algunos autores, como Cerezo Domínguez[217] o Manzanares Samaniego creen que por ganancia se entiende tanto la recompensa, entendida como la ventaja patrimonial que el autor o partícipe del hecho recibe como contraprestación, p. ej., el dinero recibido por el cohecho, así como la ganancia, definida como el beneficio logrado directamente por la acción criminal, v.g., el valor de lo estafado,[218] o el dinero sustraído. Entiendo que esta interpretación no se ajusta al art. 127 CP, pues éste solamente habla de las ganancias *provenientes* de la infracción, lo que significa que el legislador español ha contemplado las ganancias que *proceden* de la infracción y no las obtenidas *por* cometer el hecho (como sí sucede en la normativa alemana).[219] De esta manera, no se puede considerar *ganancia* el precio, la dádiva o la promesa que obtiene quien ejecuta la infracción.[220] Este vacío legal para algunos, puede solventarse a través de una interpretación distinta de la frase *ganancias provenientes de la infracción*, en concreto, como *"ganancia que tenga su fundamento, que encuentre su principal razón de ser en el delito o falta, y por tanto también aquella que se presente como contraprestación de la infracción penal."*[221] Es ésta una interpretación extensiva, inadmisible en relación con una medida que está sujeta al principio de legalidad. Como señalé en relación con los efectos de la infracción, el término *provenir* según la RAE, dicho de una cosa, supone que ésta nace, se origina o procede de algo o alguien (*"…de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etc."*), con lo cual no podría abarcarse lo que se da por cometer la infracción, pues no se trata de un beneficio que procede directamente de ésta. Ante este problema, lo deseable es que de *lege ferenda* se introduzca el comiso de lo pagado por el hecho.

---

[217] CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010.* Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, S.A., 2010, p. 694.

[218] Véase MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 41; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 619. Aunque Manzanares Samaniego señala que ganancia y recompensa no es lo mismo, estima que ambas deben entrar en la categoría de las ganancias. Por la primera *"(Entgelt) se entiende la ventaja patrimonial que el autor u otro partícipe obtuvo como contraprestación, vg: lo recibido por cohecho o encubrimiento. La ganancia (Gewinn) es el provecho directamente obtenido por la acción criminal, así el valor de lo estafado o el producto de la venta."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 21. Sobre la inclusión de ambas en la categoría de las ganancias, léase MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 527.

[219] Es de este criterio AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 98; AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 15. Para Terradillos Basoco, las ganancias, incluso las transformadas, han de provenir *directamente* del delito. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico de la empresa.* Lima, Ara Editores, 2010, p. 181.

[220] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, pp. 415-416.

[221] VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *Revista Penal*, N° 19, 2007, p. 165. Disponible en: http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303. En igual sentido, Choclán Montalvo afirma que *"la ventaja patrimonial puede obtenerse como producto del hecho o puede haber sido ofrecida para la comisión del mismo hecho. También en este último caso la ganancia proviene del delito pues sin él no se obtiene la ventaja patrimonial."* CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 50.

Si la ganancia es sinónimo de incremento patrimonial, es claro que ese incremento debe haberse producido para que el comiso tenga lugar, precisamente sobre el *quantum* de ese incremento. Por lo anterior, no podría disponerse el comiso sobre las ganancias que el autor o partícipe de una infracción espera obtener,[222] como tampoco cuando a pesar de esperar ganancias, lo que obtiene son pérdidas.[223]

De igual forma, como el término ganancias se relaciona con la obtención de bienes o derechos que *incrementan* el patrimonio, no pueden catalogarse así las ventajas económicas que se derivan de no cumplir ciertas obligaciones jurídicas sancionadas con una pena. V.g., no hacer la declaración tributaria en el delito fiscal.[224] Sí pueden incluirse dentro del concepto de ganancias las que suponen una no disminución del patrimonio, p. ej., la condonación de una deuda.[225]

Asimismo, entiendo que en el concepto de ganancias se puede incluir el objeto sobre el que recae la conducta típica. Como expliqué *supra*, el hecho de que un bien sea el objeto de la infracción no excluye su carácter de efecto, instrumento o ganancia, sino que esto dependerá de cada caso concreto. Un ejemplo de esto nos lo aporta Vizueta Fernández, al señalar que *"…la cosa sustraída en un delito de hurto es el objeto sobre el que recae la acción de tomar, pero, aunque no pueda decomisarse por pertenecer a un tercero de buena fe no responsable del delito, es asimismo una ganancia proveniente de la realización antijurídica de un tipo penal doloso."*[226]

Según el art. 127 CP, el comiso de las ganancias también alcanza las transformaciones y las ventajas que la actividad delictiva ha podido producir. Comprende *"…todos los provechos que por transformación o aplicación de las cosas se deriven de las mismas."*[227] Hablamos entonces de un comiso que alcanza a cualquier bien de

---

[222] P. ej., en el art. 431 CP, la doctrina señala como requisito para el comiso que las ventajas de contenido económico se hayan hecho efectivas, con lo cual no solo bastará con su ofrecimiento, promesa o solicitud. MORALES PRATS, Fermín; RODRÍGUEZ PUERTA, María José. "Artículo 431." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 1265; PÉREZ MACHÍO, Ana. "Artículo 431." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1605.

[223] BLANCO CORDERO, Isidoro. "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *Estudios penales y criminológicos.* Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. XXVII, 2007, pp. 71-73.

[224] Así lo señala Choclán Montalvo. Considera él que la ganancia no equivale a evitar por medio de la infracción una pérdida patrimonial debida, sino que requiere una transformación del patrimonio incrementando su activo. El delito, concluye, ha de ser la fuente u origen del ingreso, no la causa de evitación del gasto. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 53.

[225] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, op. cit.,* p. 173.

[226] VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 19-20. Sin mayores discusiones, Mapelli Caffarena también incluye el dinero sustraído en el concepto de ganancias. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 415.

[227] SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál., Manual de DPPG, op. cit.,* pp. 467-468.

contenido económico que haya ocupado el lugar de las ganancias originales, v.g., el vehículo comprado con el dinero hurtado, o las joyas recibidas a cambio de la entrega de un inmueble, comprado a su vez con el dinero obtenido al cometer un delito de estafa. Situación distinta se da con las ganancias que son obtenidas con la inversión, explotación o uso de las ganancias originales, o mejor indicado, las ganancias secundarias o indirectas.[228] En tanto algunos autores creen que éstas no son abarcadas por el art. 127, pues ni son ganancias *provenientes* de la infracción ni ocupan el lugar de éstas, con lo cual no pueden hablarse de transformaciones en este caso,[229] otros entienden que la frase *cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar* es lo suficientemente extensa para abarcar el supuesto de los aprovechamientos o ganancias indirectas.[230] Entiendo que la posición correcta es la primera, pues los aprovechamientos descritos no son ganancias *provenientes* de la infracción, sino que constituyen un incremento o aumento de las ganancias iniciales o de sus sustitutos y el comiso de ese incremento no está previsto.[231] Por lo anterior, lo recomendable es extender el comiso en esa materia a través de una reforma del art. 127 CP, con límites claro está, para evitar el comiso de ganancias *ad infinitum*.

La jurisprudencia se ha decantado por un concepto amplio de ganancias. Además de cualquier provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito[232] (con lo cual, al menos en principio, se abarcarían las ganancias indirectas), en un acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda el 5 de octubre de 1998, se decidió extender el comiso de las ganancias relacionadas con el narcotráfico a las que proceden de operaciones anteriores a la que está siendo sometida a juicio, siempre y cuando *"se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio"*.[233] Sobre estos temas volveré en el capítulo V, al examinar el

---

[228] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 53.

[229] *"A diferencia de lo que ocurre en la regulación alemana (§ 73 II, inciso primero), el art. 127 de nuestro Código penal nada dice respecto del comiso de los beneficios obtenidos con la inversión, utilización o explotación de las ganancias ilícitas. Surge la duda, por tanto, de si a través del instituto jurídico en estudio pueden decomisarse, por ejemplo, las cantidades recibidas por el arrendamiento de una vivienda obtenida ilícitamente, los intereses devengados por el depósito bancario o el préstamo a un tercero de las ganancias ilícitas consistentes en dinero, los beneficios que se derivan de la explotación de un viñedo comprado con el dinero logrado con el comercio con especies amenazadas, las ganancias correspondientes al incremento del valor de unas acciones compradas con dinero ilícito o el premio millonario que se gana con una quiniela pagada con dinero ilícitamente obtenido. La propia letra de la ley da pie a la exclusión de todos estos beneficios del ámbito del comiso de ganancias, pues ni son ganancias provenientes, en sentido estricto, de la infracción penal, sino más bien de actuaciones posteriores a ésta (alquiler del piso, depósito o préstamo del dinero, explotación del viñedo, compra de acciones o realización de la quiniela), ni constituyen transformaciones de una ganancia ilícita, pues no sustituyen u ocupan el lugar de ésta, sino más bien la incrementan."* VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, op. cit.*, pp. 165-166. Véase también AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 96.

[230] En sentido contrario, García Arán considera que la expresión *cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar* abre la puerta al comiso generalizado de las ganancias en cadena, proceder con el que no está de acuerdo, de ahí que recomiende restricciones. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 957.

[231] Apuesta también por una aplicación del comiso solo a la ganancia inmediatamente obtenida del delito, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 54.

[232] Esta definición es empleada por ejemplo, en la STS N° 11/2011 de 1 de febrero.

[233] Sobre dicho acuerdo apunta la jurisprudencia: *"...con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los Tribunales, suponen la incautación de la sustancia que se pretendía comercializar sin que,*

comiso ampliado y el comiso en delitos relacionados con el tráfico de drogas. Por ahora lo que interesa destacar es que el Tribunal Supremo hace una interpretación amplia del vocablo ganancias, al punto de incluir no solamente los bienes en los que se ha transformado o convertido el provecho inicial, sino también los bienes que constituyen la ganancia de infracciones previas a la que está siendo sometida a juicio.

2. Ganancias netas o brutas.

Como ya se puede vaticinar, un problema de peso es establecer si el art. 127 CP comprende el comiso de las ganancias brutas, o solo el de las netas. Aunque la mayor parte de la doctrina española no ha examinado este tema exhaustivamente,[234] hay algunas obras que aluden a él.

Favorable al comiso de las ganancias netas se muestra tímidamente Manzanares Samaniego.[235] También lo hace Mapelli Caffarena, pues estima que, en sentido jurídico, las ganancias son las cantidades que resultan después de descontar los costos del negocio del que surgen.[236] Blanco Cordero entiende que abarcar las ganancias

por tanto, se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si se parte de una interpretación restringida, el termino ganancia habría de identificarse con los beneficios obtenidos por el hecho concreto objeto de condena, lo que implicaría la inaplicación de aquellos preceptos en la generalidad de los casos. Consciente del problema esta Sala Segunda del Tribunal Supremo reunida en Pleno de fecha 5.10.98, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generado con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo: El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP... debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio". Con arreglo a esta interpretación, el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que concurran las dos condiciones antedichas: que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio." STS N° 450/2007 de 30 mayo. Sobre este tema, véanse también las SSTS N° 16/2009 de 27 enero; 911/2010 de 21 de octubre y 11/2011 de 1 de febrero.

[234] Esta es la opinión de CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 54; BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* p. 66 y BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal, op. cit.,* p. 94.

[235] *"No hay duda de que el precio del cohecho entra en el concepto de ganancia, como entra el beneficio del tráfico ilegal de drogas, aunque quizá proceda descontar los gastos hechos para conseguirlo, pues según subraya la jurisprudencia alemana, solo se pretende privar al reo del provecho patrimonial ilícito."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 527.

[236] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 416. Este autor sin embargo, reconoce que razones de política criminal, como las complejas operaciones económicas que se deben realizar para determinar las ganancias netas, así como la versatilidad de las organizaciones criminales para incrementar los pasivos hace que se imponga el concepto de ganancias brutas en el derecho comparado.

brutas excedería el tenor literal del art. 127 CP. Además, el enriquecimiento ilícito que se pretende neutralizar con el comiso solo se produce cuando con posterioridad a la comisión de hecho hay un aumento en el patrimonio del delincuente, de manera que tenga un valor superior al que tenía antes del mismo.[237] En igual sentido se manifiesta Cerezo Domínguez. Para esta autora, así se impone desde una interpretación restrictiva que no vulnere los principios fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico español.[238] Frente a quienes consideran que calcular las ganancias netas supone problemas de orden probatorio, Cerezo Domínguez señala que estos son superables si se permite al juzgador determinar con la debida fundamentación el *quantum* de las ganancias en los mismos términos que se define la cuota diaria en la multa, lo que no supone ningún poder de decisión extraordinario.[239]

Vizueta Fernández parte de un concepto de comiso de ganancias desprovisto de todo contenido sancionador y por eso considera que las ganancias a decomisar son las netas, ya que simplemente se desea eliminar el enriquecimiento patrimonial que ha producido el hecho típico y antijurídico. Si se admitiese el comiso de todo lo obtenido sin deducir los gastos, el comiso iría más allá de la mera restitución y pasaría a tener un contenido sancionatorio, pues se afectaría un patrimonio existente antes de la comisión del hecho antijurídico.[240] Vizueta Fernández cree que los problemas que se suscitan con el cálculo de las ganancias netas no son exclusivos de esta materia, sino que son comunes a todo lo obtenido con la realización de la conducta antijurídica. Por eso, la respuesta no está en abandonar el principio de las ganancias netas, sino en dotar a la administración de justicia de medios para hacer estas indagaciones, sobre todo cuando se relacionen con criminalidad organizada.[241]

En otro sentido, autores como Choclán Montalvo estiman que si bien el art. 127 no resuelve el tema, habría que entender que la confiscación abarca los ingresos brutos, sin deducciones, pues si de conformidad con el art. 1275 del Código Civil en caso de negocios con causa ilícita, el perjudicado no tiene acción civil para conseguir

---

237 BLANCO CORDERO, Isidoro. "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7569, Sección Doctrina, martes 15 de febrero de 2011, Año XXXII, p. 6.

238 CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 47.

239 Así, CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, ibídem,* p. 46.

240 *"El comiso de la totalidad de lo conseguido con la realización de un delito o falta, también por tanto de todos los gastos realizados por el sujeto para su obtención, iría mas allá de la mera restitución, pues se afectaría a un patrimonio existente con anterioridad a la realización de la conducta antijurídica, adquiriendo de este modo el comiso de ganancias un claro carácter sancionador. Por ello, no puede tenerse en cuenta a los partidarios del principio de las ganancias brutas cuando reprochan al principio de ganancias netas que "para el autor del hecho delictivo la comisión del mismo y la eventualidad de ser descubierto no implica ningún riesgo de pérdida económica, al poder recuperar y conservar los valores patrimoniales que ha invertido para la comisión del delito, arriesgándose únicamente, en el supuesto de que sea descubierto, a no obtener ganancias, pero no a sufrir una pérdida económica", pues precisamente es de lo que se trata, de evitar que el sujeto se enriquezca a través del delito, pero sin que resulte mermado por el comiso de ganancias su patrimonio anterior a la realización de la infracción penal, que podrá verse afectado, eso sí, por otras consecuencias jurídicas del delito, como por ejemplo la pena de multa."* VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, op. cit.,* p. 171.

241 VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, ibídem,* p. 171.

la restitución de lo perdido, se puede derivar que el autor de la infracción tampoco tendrá derecho a resarcirse de los costes en que incurrió para realizar el delito: *"Si se considera que todos los ingresos que proceden del delito son ilícitos y que el autor que se vale de su patrimonio para realizar o inducir a un hecho típico (fin ilícito) pierde todo derecho a la restitución y no tiene acción para recuperar lo perdido, debemos concluir que rige en nuestro derecho el principio de la ganancia bruta, extendiéndose la confiscación al total rendimiento del delito sin deducción de los costes desembolsados por el penado para su obtención."*[242] Éste también es el criterio de Aguado Correa, quien considera que se debe abogar por el principio de ganancias brutas por cuestiones prácticas (ya que el principio de ganancias netas supone un serio problema de cálculo con miras a evitar el decomiso de una cantidad mayor de bienes de los que han sido obtenidos con la infracción, una vez deducidos los gastos o las inversiones hechas). Además, apoyándose en Maugeri, señala que razones de justicia y legalidad lo demandan, pues quien comete un delito no puede enriquecerse a través de él y debe asumir el riesgo de perder lo que haya invertido para su comisión.[243] Finalmente, Bacigalupo Saggese considera oportuno el comiso de los ingresos totales percibidos por el infractor, aunque no da los argumentos por los cuales adopta esta postura.[244]

Otros autores exponen el problema sin decantarse por uno de los dos criterios. P. ej., Pozuelo Pérez y Dopico Gómez-Aller creen que en el delito de construcción ilegal, la utilidad producida por el delito es el valor de la construcción (o la ganancia obtenida de su venta o transformación), menos el valor del suelo en el momento del enjuiciamiento (o de la venta). Para ambos, *"El valor del suelo no puede ser decomisado, pues no es efecto ni ganancia del delito, sino que se trata de un activo que el sujeto poseía antes del delito. Lo que exceda del valor del suelo ha de considerarse provecho del delito."*[245] Ambos reconocen que al amparo del art. 127 se puede autorizar tanto el comiso de las ganancias brutas como el de las netas; que el comiso de las ganancias netas es problemático y que no se puede comparar el calcular la ganancia neta en el caso de negocios donde habiendo un delito, el resto es legal (p. ej., la contratación de trabajadores, adquisición de material, etc.), que hacer ese cálculo en delitos como el asesinato, donde es absurdo descontar los costes en que ha incurrido el sicario para matar a la víctima. Entienden que en el delito de construcción ilegal, si se opta por el comiso de ganancias brutas, el comiso debe alcanzar toda la utilidad obtenida por la comisión del delito siempre con descuento del valor del sue-

[242] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 54 y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.). *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 42, 2002, pp. 153-154.

[243] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, pp. 101-102; AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 17.

[244] BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal, op. cit.,* p. 94.

[245] DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; POZUELO PÉREZ, Laura. "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley.* N° 6948, Sección Doctrina, 19 de mayo de 2008, Año XXIX, apartado V. a). Disponible en: http://laleydigital.laley.es.

lo; pero si se opta por un criterio de ganancias netas, deberán descontarse los costes legales en los que haya incurrido el autor del delito de construcción ilegal.[246]

En el ámbito supranacional la situación tampoco es clara. Como señalé en el segundo capítulo de esta investigación, todos los instrumentos hablan del *producto* de la infracción y el producto, en buena parte de esos instrumentos, comprende sobradamente el concepto de ganancias brutas (p. ej., en las Convenciones de NU de Viena, Palermo y Mérida, los *productos* se definen como los *bienes* obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito). No obstante esto, en otros instrumentos (p. ej., el Convenio N° 141 del Consejo de Europa; el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, o la DM 2005/212/JAI del Consejo), el *producto* se entiende como sinónimo de *beneficio o provecho económico*, lo que bien puede interpretarse, como ya apunté cuando hablamos del concepto de ganancia, como sinónimo de *ganancias netas* (de otro criterio, Blanco Cordero[247]).

La jurisprudencia española ha optado por las ganancias brutas, pues aunque no se ha hecho un análisis de este tema se ha procedido siempre al decomiso de todos los bienes, sin que se apliquen descuentos de ninguna especie, p. ej., en los casos en que se decomisa droga y dinero, no se ha descontado el precio que se haya pagado para la adquisición de la primera o cualquier otro gasto operativo, aunque lo cierto es que nunca ha sido solicitado.[248]

---

[246] DOPICO GÓMEZ-ALLER; POZUELO PÉREZ, "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley*, *ibídem,* apartado V. b).

[247] Blanco Cordero cree que la normativa supranacional (en concreto, los Convenios de NU sobre drogas, crimen organizado y corrupción) y que definen el producto como los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito, así como el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, que define el producto como todo *provecho económico* derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito, son lo suficientemente amplios como para comprender las ganancias brutas. Para él esto no sucede con la DM 2005/212/JAI, pues al hablar del producto como *beneficio económico*, abre la puerta a una interpretación restrictiva que limita el alcance del comiso solo a las ganancias netas. Así, BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 6 y 9, cita N° 83. No comparto esta tesis, pues los términos beneficio y provecho son sinónimos, con lo cual habría que entender que en el Convenio de Estrasburgo de 1990; el de Varsovia de 2005 y en la DM 2005/212/JAI (y no solo en esta última) se abre la puerta a una interpretación restrictiva del término producto, que lo limite a las ganancias netas.

[248] P. ej., en las SSTS N° 447/2011 de 25 mayo, o N° 1044/2011 de 11 octubre, se confirman los decomisos de droga, dinero y otros bienes, sin que se contemple una posible deducción de los gastos, p. ej., los vinculados con la adquisición de la droga. Inclusive, según la FGE, la existencia de casos en los que se ha dado el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado, es lo que motivó la decisión del TS de asumir una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito provenientes de hechos delictivos anteriores al enjuiciado (lo anterior a través del acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS, de fecha de octubre de 1998). Según la FGE, "*Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del narcotraficante ya no será inmune al comiso, cuando haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado…"* FGE, Circular N° 2/2005 de 31 marzo. Nótese cómo el tema de los gastos operativos no es considerado en modo alguno. Todo lo contrario, se piensa que como solo se incauta la droga y no las ganancias (pues la droga no ha sido comercializada), es necesario proceder al decomiso de bienes adquiridos previamente a la operación enjuiciada.

Hechas las anteriores consideraciones, tomo postura. El comiso de ganancias es una medida que surge del poder de imperio del Estado (sobre esto me extenderé al examinar la naturaleza jurídica de la figura) y como tal, está sometido al principio de legalidad (art. 25.1 CE). Según éste queda prohibida toda interpretación extensiva de las normas.[249] Por tanto, una lectura del vocablo *ganancias* que renuncie a la deducción de los gastos operativos es claramente extensiva y por ende inconstitucional, de ahí que deba proscribirse.

Lo antes expuesto, sin embargo, no impide el comiso de los gastos en que incurre el autor o partícipe del hecho para cometer éste. Aunque no se pueden considerar ganancias (salvo que se haga una interpretación extensiva del término), comparto el planteamiento de Blanco Cordero, que en lo que interesa señala que su comiso se justifica cuando puedan considerarse *instrumentos* del hecho. Así p. ej., el dinero que A emplea para comprar la droga que posteriormente venderá al consumidor. Con independencia de la naturaleza de los gastos (si son ilícitos o lícitos[250]), los que son funcionales para la ejecución de un hecho no pueden ser deducidos, pues constituyen un instrumento de ésta y en tal carácter son objeto de comiso. Como apunta Blanco Cordero, igual sucederá con los gastos que de acuerdo con la dinámica comisiva puedan catalogarse como *efectos* de la infracción.

Aunque el comiso de los gastos que tienen un carácter instrumental para la comisión de la infracción puede solucionar el problema, la doctrina reclama la sustitución del vocablo *ganancias* por el vocablo *producto*,[251] lo que también pondrá en sintonía el art. 127 CP con la normativa supranacional. Incluso autores como Aguado Correa, a pesar de tener otro criterio en relación con este tema, aceptan que se puede interpretar el términos ganancias como aquel referido a las netas y el término *producto* con un carácter más amplio, que abarca las ganancias brutas, tal y como se desprende de la normativa supranacional.[252]

---

[249] CÓRDOBA RODA, Juan. "Art. 4." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).* Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 35.

[250] Blanco Cordero cita un par de ejemplos. De gastos ilícitos, *"…los gastos de compra de un coche robado –receptación- para cometer un robo o el precio pagado para obtener la droga…"* De gastos lícitos: *"… el traficante de droga invirtió dinero en la adquisición de un billete de avión para concluir el contrato de compraventa, reservar un hotel y manutención en el país de origen de la droga. Todos ellos y otros son gastos incurridos en operaciones lícitas, con el objetivo de generar las condiciones adecuadas de modo, tiempo y lugar para la comisión del delito."* BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 6.

[251] Para Bárbara Huber, la confiscación, para ajustarse al Convenio de Viena, debe tener por objeto todos los ingresos y no solamente las ganancias netas. Además, no debe limitarse a la actividad objeto del proceso por la que el acusado ha sido condenado, ya que tiene una función preventiva y está dirigido a evitar una futura actividad criminal, así *"Todo el capital usado en el negocio y no sólo los fondos usados para la comisión del delito que se juzga en el momento, deben ser confiscados."* HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* pp. 175-176. De la misma opinión en cuanto a la necesidad de cambiar la palabra ganancias por la palabra productos: BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 6.

[252] AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 17.

Desde mi óptica, tal respuesta tampoco está exenta de problemas. En primer lugar, hemos visto que en las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida el término *producto*, al ser sinónimo de bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión del hecho, comprende tanto las ganancias brutas como las indirectas. En el Convenio N° 141 del Consejo de Europa y la DM 2005/212/JAI, con esa palabra solamente se comprenden las ganancias netas y las directas. Ante este panorama, siempre será necesario que el legislador español se decante por una de estas opciones. Además de sustituir el término ganancias por el término producto, en el art. 127 CP deberá señalar cuál es el contenido que otorga a éste. Si se opta por el concepto más extenso, al menos en lo que al comiso de ganancias brutas se refiere, subsistirán los cuestionamientos, ya que esta medida (decomisar bienes que no constituyen el *beneficio o provecho económico* obtenido con la infracción), solo se explica por el deseo de sancionar y al menos en principio, éste no es el propósito del comiso de ganancias.[253] Aunado a esto, para evitar el comiso de ganancias indirectas *ad infinitum* que autoriza las Convenciones antes mencionadas, siempre sería indispensable que se introduzcan límites. Por otro lado, si se opta por el concepto de *producto* más limitado, el resultado será prácticamente el mismo que se obtiene hoy en día con una interpretación restrictiva del *término* ganancias, pues el comiso de éstas solo abarcará las ganancias netas y las directas. En resumen, aunque es deseable hacer el cambio mencionado, a la pal*abra producto* se le debe asignar expresamente el contenido indicado en el Convenio N° 141 del Consejo de Europa y la DM 2005/212/JAI. Con esto, además de cerrar la puerta a cualquier interpretación extensiva, se pone en sintonía la regulación con el fundamento y fines que persigue el comiso de ganancias.

En otro orden de ideas, Blanco Cordero señala dos extremos que son medulares al resolver sobre la procedencia del comiso de ganancias. La primera, la necesidad de someter el comiso de los *productos* al principio de proporcionalidad para evitar excesos, sobre todo porque la determinación de lo que es una ganancia requiere un examen casuístico. La segunda, tener muy presente cuál es el hecho que describe el tipo penal, para poder determinar si los bienes que se poseen son o no ganancias del mismo. Así p. ej., si el contrato o negocio jurídico está sancionado por la norma penal, es ilícito en su totalidad, con lo cual se justifica el decomiso de todo lo obtenido, sin descuentos. V.g., contratar a un asesino a sueldo, o la venta de drogas. El dinero entregado o lo que se obtiene por la venta es decomisable por completo.[254]

Analizadas las palabras de Blanco Cordero, las comparto plenamente. Sobre la necesidad de incorporar el principio de proporcionalidad en relación con las ganancias, me referiré en el próximo capítulo.[255] En cuanto a lo segundo, es necesario mencionar lo dispuesto en la legislación civil sobre la nulidad de los contratos con causa u objeto ilícito. De conformidad con el art. 1271 CC, si el objeto del contrato es una cosa que no se puede transmitir por estar de *manera absoluta* fuera del comer-

[253] Sobre el fundamento y la orientación teleológica del comiso de ganancias, vid. apartado B.4 del presente capítulo.
[254] También BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* pp. 6-7.
[255] Vid. capítulo IV, apartado X. A.

cio de los hombres (p. ej., bienes de dominio público o determinadas drogas), o son obligaciones de hacer o no hacer contrarias a lo que señala la ley o las buenas costumbres (p. ej., matar a alguien), el contrato es nulo. Igual sucederá si la causa del contrato es ilícita (art. 1275 CC). Entiende Bercovitz que el art. 1275 CC no restringe el control al sentido objetivo de las cláusulas del contrato, sino que abarca también la finalidad perseguida por las partes con el contrato. Se efectúa un *control social del contrato* y si las finalidades perseguidas son incompatibles con el ordenamiento jurídico, con lo que éste autoriza y valora positivamente, entonces el Estado no se pondrá al servicio de esos fines ilícitos y no impondrá las obligaciones que pretenden pactar las partes. Lo que se contempla, según el numeral 1275 mencionado, es la operación en su conjunto, el carácter lícito del intercambio y los fines que persiguen las partes contratantes, sin examinar solo las prestaciones recíprocas.[256] Como la causa y el objeto del contrato son elementos diferentes, puede suceder que el objeto sea lícito y la causa no. P. ej., la doctrina entiende que son lícitos los objetos cuya transmisión está sometida a controles que limitan su circulación (v.g., ciertas sustancias psicotrópicas, o algunas armas). A pesar de ser un objeto lícito, la causa del contrato puede ser ilícita si las partes contratantes desconocen esos controles (p. ej., cuando quienes venden esas sustancias son narcotraficantes).[257] Lo importante es que, en cualquier caso, sea por ilicitud del objeto o de la causa, el contrato es nulo,[258] lo que supone, por expresa disposición del art. 1305 CC, *que los contratantes carecen de toda acción entre sí; que se debe proceder contra ellos y que las cosas o el precio que hubiesen sido materia del contrato deben recibir el trato que dispo-*

[256] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 3° edición, 2009, p. 1509.

[257] En la obra de Bercovitz se da este ejemplo: *"...aunque las drogas no son objeto ilícito (no son extracomercio, piénsese en una venta autorizada a un laboratorio farmacéutico), la venta ilegal por narcotraficantes tendría causa ilícita (aunque el objeto -precio y droga- sean lícitos en sí mismos)."* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ibídem,* p. 1509.

[258] Como señala Bueno Arús, el Código Civil prohíbe, tratándose de obligaciones y contratos, las condiciones contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley (art. 1116); las prestaciones ilícitas (art. 1132, relativo a las obligaciones alternativas) y las legalmente imposibles (art. 1184, relativo a las obligaciones de hacer); los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público (art. 1255); los servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271) y las causas (ilícitas) que se oponen a las leyes o a la moral (art. 1275). También obliga a las sociedades a tener un objeto lícito (art. 1666). Agrega que *"No cabe duda de que las actividades delictivas están aquí aludidas, por cuanto no dejarían de ser ilícitas, legalmente imposibles o contrarias a las leyes. Sus efectos serían también terminantes: nulidad de las obligaciones con condiciones prohibidas por la ley (art. 1116); liberación del deudor cuando la prestación resultare legalmente imposible (art. 1184); ineficacia de los contratos con causa ilícita (art. 1275) o nulidad de los contratos con causa falsa (art. 1276), y anulabilidad de los contratos "que adolezcan de alguno de los vicios que los invaliden con arreglo a la ley" (art. 1300). La acción de nulidad se rige por lo establecido en los arts. 1301 a 1314. «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí y se procederá contra ellos, dándose además a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato la aplicación prevenida en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiese delito o falta de parte de uno de los contratantes, pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido" (art. 1305). La referencia al Código penal se entiende hecha a los arts. 48, 213, 216 bis a), 393 y 602, relativos al comiso de los efectos e instrumentos del delito."* BUENO ARÚS, Francisco. "Alusiones jurídico-penales en el Código Civil español." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 1, 1991, p. 954.

ne el CP para los efectos o instrumentos del delito o falta.[259] En suma, en las circunstancias antes reseñadas, cuando hubiese delito o falta común a ambos contratantes, el ordenamiento jurídico no protege sus intereses. Si el Estado no reconoce ese contrato (e inclusive persigue penalmente a las partes), no puede resguardar al autor o partícipe de la infracción, descontándole los gastos en que ha incurrido para cometer el hecho. A mi modo de ver, en estos casos el tema fundamental no es el alcance que debe tener el comiso, entiéndase, si comprende las ganancias brutas o netas, sino la legitimación del contratante para formular su reclamo, ya que su conducta no solo no encuentra amparo en el ordenamiento jurídico, sino que además es perseguida y sancionada por el mismo. En ese contexto, no puede pretender ninguna deducción que le favorezca en lo que al comiso de sus bienes se refiere.

Cuando lo sancionado no sea el contrato o negocio sino la fase de formación contractual, según cree Blanco Cordero, lo obtenido no serán las ganancias del contrato, sino el contrato en sí. Por eso, aunque el contrato pueda ser anulado, hay parcelas del negocio jurídico que son lícitas y que son ajenas a la actividad delictiva inicial. En estos casos, comúnmente de corrupción en los que intervienen personas jurídicas, no podrían deducirse las comisiones ilegales pagadas a los funcionarios públicos, pues son en sí mismas una actividad delictiva;[260] tampoco los gastos ilícitos hechos para acabar el acuerdo corrupto, v.g., los gastos de viaje para pagar al funcionario, o las invitaciones a restaurantes durante la negociación del acuerdo, pues tienen un carácter instrumental para la comisión del hecho. Finalmente, p. ej., en adjudicaciones de obras públicas, como la ganancia es la obtención del contrato, con los derechos y obligaciones que derivan de él, lo decomisable es el valor económico de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial: "*Si lo obtenido no tiene valor económico, no podrá ser decomisado. Esa relación jurídico-obligacional, como tal, carece de un valor económico (sí que lo tienen los trabajos a los que obliga), pero se transforma en ganancias para la empresa cuando ésta procede*

[259] "Art. 1305. CC.
Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.
Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido."

[260] *"...el art. 431 CP significa que han de decomisarse las comisiones ilegales pagadas, consistentes normalmente en la entrega de dinero por cuantías correspondientes a un porcentaje del precio del contrato... Puede plantear alguna reticencia el hecho de que ese dinero sea parte del precio a pagar por la ejecución del contrato. Esta podría salvarse argumentando que cuando la empresa corruptora recibe el pago, ya es la propietaria del dinero y con la imposición del comiso lo pierde. Cuestión distinta es que al ser dinero público la mayoría de las veces se paga a la empresa que actúa como puente o paso intermedio necesario para que lo reciba el empleado público; por lo que al final se está decomisando dinero público. Creo que ello carece de trascendencia a efectos de decretar el comiso... otra cosa es que cuando se proceda a la distribución de dicho dinero deba tenerse en cuenta a la concreta Administración pública que lo ha pagado a los efectos de asignárselo (si procede) de nuevo a ella."* BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* p. 61. Un ejemplo de lo anterior se describe en la STS N° 20/2001 de 28 marzo. En esta resolución se confirma el comiso de los bienes procedentes del pago de comisiones ilegales que hicieron empresas constructoras a funcionarios públicos de la Comunidad Autónoma de Navarra, para obtener la concesión de contratos públicos.

a ejecutar el contrato. Esa ganancia es precisamente el beneficio que obtiene la empresa con el cumplimiento del contrato, que se determina deduciendo del valor del contrato los gastos (lícitos) realizados para su ejecución (pero no las comisiones ilegales)."[261] En efecto, con los contratos de concesión lo que se reconoce al concesionario es el derecho de explotación de la obra que construye, o el servicio que debe implantar. Ese derecho de explotación (que a la vez es una obligación) es lo que el concesionario obtiene principalmente como retribución o remuneración,[262] de ahí que cuando hablamos de *ganancias* debemos circunscribirnos a ese ámbito.

Entiende Blanco Cordero que en esta clase de hechos (delitos económicos y de corrupción) es común que haya documentación contable con los detalles de los gastos lícitos en los que se incurre, con lo cual es fácil obtener una imagen del producto del delito. Según él, el beneficio de explotación resultará tras deducir de los ingresos o ventas, los costos de explotación, v.g., personal, aprovisionamiento, impuestos, etc., para así obtener el beneficio neto.[263] Ahora, ciertamente se requiere determinar las ganancias *realmente obtenidas* (y no las esperadas) con la ejecución del contrato. Si esa ejecución no ha iniciado, no hay ganancias, sino únicamente una expectativa de lograr unas ganancias, calculadas con base en el precio de la adjudicación, cuyo comiso no cabe. Si ya comenzó a ejecutarse el contrato y se han realizado pagos, o si se ha ejecutado por completo, el comiso debe recaer sobre los beneficios que supongan un aumento del patrimonio empresarial, entiéndase las ganancias realmente obtenidas, que pueden ser más o menos que las esperadas con

---

[261] BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* pp. 6-7. En otra obra, apunta Blanco Cordero: *"A nuestro juicio, y partiendo del fundamento y finalidad del comiso de ganancias, solo es decomisable el enriquecimiento ilícito obtenido, que no se corresponde en absoluto con la totalidad del precio del contrato administrativo... La ganancia del delito para la empresa corruptora es precisamente la obtención de dicho contrato administrativo. Un contrato sinalagmático, como dice la doctrina alemana, que genera obligaciones y prestaciones recíprocas. Lo directamente obtenido es la adjudicación de un contrato administrativo, con los derechos que se derivan (derecho a que se ejecute la obra y derechos al pago de la misma) y las obligaciones a que compromete (obligación de ejecutar el contrato y obligación de pagar)... lo decomisable será el valor económico de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial. Si lo obtenido carece de valor económico no podrá ser decomisado... las ganancias han de tener un valor económico susceptible de ser determinado."* BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* pp. 68-69.

[262] BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales."* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, pp. 180, 242-243. Vid. también el art. 7. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE N° 276, 16 de noviembre de 2011, que en lo que interesa, señala:

"Contrato de concesión de obras públicas.

1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio..."

Nótese que al derecho de explotación de la obra se puede añadir el derecho a percibir un precio. Por esto entiendo que ese derecho de explotación es la remuneración principal.

[263] BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 7.

dicha ejecución. Incluso, puede que el comiso no proceda cuando el contrato ha dejado pérdidas, con lo cual no existiría un enriquecimiento ilícito que neutralizar.[264]

Sobre lo expuesto, haré algunas consideraciones. Con base en la legislación que rige la materia,[265] la doctrina administrativa reconoce que los actos dictados por la Administración que son constitutivos de una infracción penal, o que se dicten como consecuencia de esa infracción, son nulos de pleno derecho. En el primer caso hablamos de delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos, en el segundo de actos administrativos dictados como resultado de otros que han influido en la formación de la voluntad del aparato administrativo, p. ej., basándose en documentos que han sido declarados falsos.[266] En el ámbito contractual, la nulidad de pleno derecho trae como consecuencia la ineficacia del contrato, de manera que éste no produzca efectos, o que se destruyan los que se hubiesen producido, destrucción que se logra mediante la restitución recíproca de los bienes que se hubiesen entregado en razón de él, o en su defecto, de su valor.[267] Desde mi óptica, si en las circunstancias antes expuestas el ordenamiento jurídico administrativo impone la restitución recíproca de las prestaciones entregadas, sin contemplar las consecuencias que p. ej., se prevén en el art. 1305 CC, no veo razón para negar que el comiso de ganancias, en relación con los casos de contratos de adjudicación de obras públicas, contemple el rebajo de los gastos en que incurrió el autor o partícipe del hecho, claro está, cuando no sean en sí mismos constitutivos de un delito, o cuando no se puedan considerar instrumentos o efectos en los términos del art. 127 CP.

Aunado a esto, si se optase por el comiso de las ganancias brutas en esta materia se corre el riesgo de invadir el campo de actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues es ésta y no la jurisdicción penal la que debe determinar la nulidad o no del contrato administrativo y especialmente las consecuencias que se deri-

---

[264] BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* pp. 70-73.

[265] Léase el art. 32.a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (BOE N° 276 de 16 de noviembre de 2011) y el art. 62.1.d de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, BOE N° 12 de 14 de enero de 1999.

[266] GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (Coord.). *Procedimientos administrativos comunes.* Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 383- 384. Sobre el tema, léase también BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La invalidez de los contratos públicos.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2006, p. 156.

[267] Artículo 35. Efectos de la declaración de nulidad.

1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio."

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, *op. cit.*

van de esa nulidad.[268] En ese sentido, de los arts. 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,[269] se desprende que la nulidad en parte del acto administrativo *no siempre* implicará la de las partes del mismo independientes de aquella y que ante la nulidad de las actuaciones, siempre procede la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Como se aprecia, estos temas se deben solucionar con extremo rigor técnico pues p. ej., a diferencia de lo que sucede con el ordenamiento jurídico privado, en el ámbito administrativo la consolidación o continuación de los efectos de un contrato anulado es frecuente, sobre todo con miras a satisfacer el interés general.[270] En suma, para evitar resoluciones arbitrarias, tratándose de actos administrativos que constituyan una infracción penal, o que se dicten como consecuencia de ésta, sería recomendable que la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie sobre su nulidad y los alcances de ésta antes de que se resuelva en sede penal lo relacionado con el comiso, o en su defecto, que el comiso se resuelva solamente sobre las ganancias netas, reservándose la posibilidad de que la sentencia sea revisada en caso de que la jurisdicción administrativa resuelva en un sentido distinto a la jurisdicción penal.

---

[268] Así lo entiende García de Enterría. Con base en el art. 3 LECrim, cree que la competencia de los tribunales penales se extiende a resolver, para solo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Este autor, tras exponer algunas sentencias en las que la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción penal asumen posturas opuestas, concluye que hay algunas infracciones cuya resolución requiere estimaciones de orden jurídico administrativo, p. ej., los delitos relativos a la ordenación del territorio; la protección del patrimonio artístico y el medio ambiente; o la prevaricación. En estos casos la estimación del juez penal debe ser de carácter prejudicial (entiéndase, se debe poner en juego la prejudicialidad devolutiva en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa que prevé el art. 4 LECrim). En suma, opina que la sentencia penal debe dictarse luego de que un juez contencioso-administrativo depure la legalidad o no del acto incriminado y si la intervención del juez contencioso fuese *a posteriori* de la sentencia penal, su decisión debe abrir paso a un recurso de revisión de ésta. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación." En: *Revista española de Derecho Administrativo.* Madrid, Editorial Civitas, N° 98, abril/junio 1998, pp. 231-249.

[269] "Artículo 64. Transmisibilidad.

1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.

2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

Artículo 65. Conversión de actos viciados.

Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.

Artículo 66. Conservación de actos y trámites.

El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción."

[270] BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos, op. cit.,* pp. 365-367.

3. El comiso de ganancias en el Derecho comparado.

El Código penal alemán es de referencia obligatoria, pues como señalé, inspira en buena parte la normativa española sobre el tema del comiso. El §73 I se ocupa de la confiscación de los beneficios.[271] La norma pretende extraer el provecho que se ha obtenido con la infracción (ese es su propósito) y abarca lo obtenido por el autor o partícipe directamente del hecho (p. ej., el dinero obtenido con la venta de la droga), así como el precio que el autor ha recibido por ejecutar ese hecho.[272] Para Manzanares Samaniego la ganancia que es objeto de pérdida es la obtenida por el autor o partícipe del hecho antijurídico, sea *por él* o *de él*. En la primera posibilidad se incluyen *"las contraprestaciones en línea con el cohecho"*, mientras que en la segunda hay que diferenciar entre dos clases de *frutos* del delito, a saber, el botín y *"las ventajas derivadas de la infracción criminal, como, por ejemplo, los beneficios logrados con los negocios prohibidos de divisas."*[273]

La confiscación de los beneficios exige la comisión antijurídica del hecho tipificado, pero no su realización culpable.[274] Por ese motivo procede en las infracciones imprudentes; en las que está presente un error de prohibición o en las impunes porque cabe aplicar una excusa legal absolutoria. Como señala Manzanares Samaniego, también es intrascendente que la infracción se consumara, o quién obtuvo la ganancia (si el autor o el partícipe de la infracción).[275]

---

[271] "§ 73 Voraussetzungen des Verfalls
(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde."
StGB.

[272] Así lo indican JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 851. En igual sentido, señala Bárbara Huber que la confiscación recae sobre *"los beneficios financieros o de otra clase que el delincuente haya obtenido por la ejecución de un hecho delictivo probado o que haya sacado de tal acto. Esto cubre tanto la recompensa directa por cometer un delito como los frutos o ganancias procedentes del delito."* HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* p. 164.

[273] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 527.

[274] En igual sentido, véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 145; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 527; JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 851. En igual sentido, Bárbara Huber señala que la confiscación alcanza los beneficios financieros o de otra clase que el delincuente haya obtenido por la ejecución de un hecho delictivo probado o que haya sacado de tal acto. *"Esto cubre tanto la recompensa directa por cometer un delito como los frutos o ganancias procedentes del delito."* HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* p. 164.

[275] *"...este comiso puede acordarse en las infracciones imprudentes o en las afectadas por error de prohibición o las impunes por aplicación de una excusa absolutoria. No importa que la figura objetivamente delictiva no llegara a consumarse o que la ganancia sea obtenida por el autor o por el inductor o el cómplice. Así, y por poner solo algunos ejemplos, la venta imprudente de productos que causan grave daño a la salud puede haber proporcionado sustanciosos ingresos, o el precio puede haber enriquecido al cómplice del delito que quedó en grado de tentativa."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 527.

Lo que la confiscación demanda es que el autor o partícipe haya obtenido *algo* para o a través del hecho y no queda excluida en caso de que lo obtenido ya no esté en manos del sujeto, pues para esta hipótesis se prevé la confiscación de la cosa obtenida como sustitutivo, o la de una cantidad de dinero equivalente al valor de lo obtenido de manera ilícita (§§ 73 II, 73 a)[276] Ahora, lo que sí se requiere es que la ganancia haya ingresado a su patrimonio, con lo cual no basta con la mera petición, promesa u oferta.[277]

El comiso también alcanza los aprovechamientos obtenidos, entendidos como *"los frutos de una cosa o de un derecho, así como de los beneficios que el uso de la cosa o el derecho proporcionen"*[278], como también los objetos que se han adquirido tras la enajenación de lo obtenido inicialmente o como sustitución por su destrucción, daño o privación o con motivo de un derecho adquirido.[279]

---

[276] "§ 73 Voraussetzungen des Verfalls
(2) Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat."

"§ 73a Verfall des Wertersatzes
Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt."
StGB.
Sobre el tema, véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 145; JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 851.

[277] *"La ganancia patrimonial -común denominador de lo decomisable como "Verfall"- ha de encontrarse ya en el patrimonio del autor o partícipe. Su adquisición es un suceso real que puede adoptar muy variadas formas y no sólo la transmisión dominical de la cosa o la cesión de un derecho. Suele aceptarse también la efectiva disponibilidad del objeto. No basta con la petición, la promesa o la oferta."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 527.

[278] Definidos así en el §100 BGB:
"§ 100 Nutzungen
Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt."
Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1084) geändert worden ist. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/.
Véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, pp. 146-147; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 528. Como ejemplos, Manzanares Samaniego cita el precio por el arrendamiento de una finca transferida a su nuevo dueño como recompensa a su delito; o de la comprada con los ahorros correspondientes a un delito fiscal.

[279] Según Jescheck y Weigend el comiso de ganancias además de recaer sobre lo que el autor obtuvo directamente del hecho, también se extiende a los rendimientos de explotación percibidos (por ejemplo, las cantidades de dinero recibidas por alquilar una casa adquirida ilegalmente) y a los bienes sustitutivos que pasan a ocupar el lugar de objetos que ya no posee el autor. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 852. En igual sentido, indica Bárbara Huber: *"Además de los beneficios financieros directos obtenidos ilegalmente, la confiscación también puede cubrir los bienes obtenidos indirectamente como en el caso de usufructos o sustitutos."* HUBER, "El comiso de las ga-

En el caso de los aprovechamientos el comiso es imperativo, al igual que sucede con el comiso de lo obtenido directamente *por* o *del* hecho. En el otro supuesto, entiéndase el comiso que recae sobre los objetos sustitutivos que ocupan el lugar de otros que ya no tiene el autor o partícipe, la imposición de la medida es una potestad del órgano jurisdiccional, pues el §73 II usa para estos casos la expresión "*se podrá extender*".

Los beneficios obtenidos por el autor o el partícipe (o incluso el tercero, como veremos luego al examinar el §73 III), y que configuran el objeto de la confiscación, hasta el año 1992 eran designados con la expresión *ventaja patrimonial*, de aquí que se considerasen equivalentes a la ganancia neta que el autor había logrado con el hecho y en esa medida se deducían los gastos del autor y los costes vinculados al hecho.[280] Sin embargo, para algunos autores, una vez que se sustituyó esa expresión por la palabra *algo* (*"Cuando haya sido cometido un hecho ilegal y el autor o el partícipe haya obtenido algo para o del hecho…"*), se incorporó el principio de la ganancia bruta, según el cual se despoja de todo lo obtenido, sin considerar gastos o costes del delito.[281]

La confiscación de las ganancias que provienen o están destinadas al hecho antijurídico tiene dos excepciones. La primera, prevista en el §73 I. La medida no procede cuando el perjudicado haya visto nacer una pretensión para cuyo cumplimiento el autor o el partícipe sería privado del valor de lo obtenido del hecho. Es decir, el comiso de las ganancias asume un papel subsidiario frente a las pretensiones civiles.[282]

---

nancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* p. 164. Por último, Manzanares Samaniego señala que el comiso de lo adquirido por sustitución comprende tres categorías*. "La primera se refiere al precio de enajenación de lo decomisable. La segunda comprende lo obtenido por sustitución de la cosa primitiva, sea por su destrucción, deterioro o sustracción (así, lo percibido del seguro por los daños del coche). Y la tercera se llena con los objetos adquiridos mediante la satisfacción de un derecho (así, por la realización de una pretensión cedida)."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 528.

[280] Para Bárbara Huber, un punto débil de la legislación alemana era precisamente, que no se pudiesen recuperar todos los ingresos sino solo la ganancia neta, por ejemplo, los costes desembolsados por el acusado para alquilar la furgoneta que transportó la mercancía, o el dinero que tuvo que pagar por la droga. Desde su óptica, esto suponía una carga investigadora que hacía más difícil para el tribunal determinar los costes y ganancias del acusado. HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* p. 165.

[281] Así lo señalan JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 852. Sostiene también que el legislador alemán acogió el principio de las ganancias brutas, AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 145. Sobre este tema también se puede leer a BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* p. 46. Este autor expone que la posición de Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en el sentido de que este cambio legislativo supone la inclusión de las ganancias brutas no está exento de polémica, pues hay quienes creen que esa interpretación no se desprende del texto legal, o que es necesario introducir límites a la hora de aplicarla.

[282] *"En este inciso o que se viene a proclamar es el carácter subsidiario del Verfall frente a las pretensiones civiles, lo cual provoca que en los delitos económicos y contra la propiedad, entre otros, no se puedan recuperar las ganancias obtenidas por el autor o el cómplice a través del Verfall, y ello aun cuando tan solo exista en abstracto, ya no en concreto, la posibilidad de que el provecho patrimonial sea recuperado a través de la iniciativa del lesionado… Ello ha llevado a que esta previsión haya sido*

La segunda, vinculada con el principio de proporcionalidad. Según el §73 c I,[283] no cabe decretarla cuando suponga un perjuicio excesivo para el afectado. Se trata de supuestos en los que la medida se considera de *injusta dureza*, pues el autor o partícipe ha perdido o trasmitido lo que obtuvo sin contraprestación alguna,[284] o lo obtenido es de escaso valor.

El comiso de ganancias que en principio, solamente se dirige contra el autor o partícipe, puede ser dispuesto frente a terceros en los dos casos previstos en el §73 III y IV. En concreto, cuando el autor o el partícipe ha actuado para otro y ha obtenido algo a través de esa conducta; o cuando el objeto a decomisar pertenezca o corresponda a un tercero que lo haya facilitado para el hecho, o al menos conozca sus circunstancias.[285] En el supuesto de la actuación por otro, no se requiere una relación particular entre el autor o partícipe y el beneficiario, sino que basta con cualquier forma de actuación que acabe con el resultado descrito (la obtención de ganancias).[286] En el otro supuesto (a saber, el que recae sobre objetos cuya propiedad o titularidad es de un tercero que lo ha facilitado para el hecho o conozca sus

---

objeto de numerosas críticas, atribuyéndole a la misma la escasa aplicación práctica que ha tenido el comiso." AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 146. En igual sentido, señalan Jescheck y Weigend: *"De una gran importancia práctica es la exclusión de esta figura en todos los casos en los que de la comisión del delito se deriva derecho para el ofendido que se dirige al objeto de la confiscación de los beneficios (§ 73 I 2). Aquí lo esencial no es que el ofendido haga valer su derecho de restitución o de indemnización (por ejemplo, derivado de los §§ 823 ó 985 BGB) frente al autor, sino que la simple existencia de aquel derecho excluye la imposición de la pérdida de las ganancias. Esta regulación, por un lado, pretende impedir un perjuicio para el ofendido a través de una rápida captación por el Estado del provecho delictivo y, por otro, proteger al autor frente a un doble uso de tales pretensiones. Cuando este objetivo está justificado el § 73 I 2 se ocupa de que esta figura jurídica quede vacía de contenido para la gran mayoría de los delitos que se cometen en la práctica, esto es, los delitos patrimoniales dirigidos contra las personas. Por este motivo, en la necesaria reforma de toda esta materia debería buscarse en este punto una solución distinta."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 853.

[283] "§ 73c Härtevorschrift
(1) Der Verfall wird nicht angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Die Anordnung kann unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat."

[284] Así, JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 853; AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 147. Para Manzanares Samaniego, prescindir del comiso cuando el valor de lo obtenido no se encuentra ya en el patrimonio del afectado al tomarse la decisión, o cuando su cuantía sea mínima, conecta con la proscripción constitucional de los excesos. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 530.

[285] "§ 73 Voraussetzungen des Verfalls
(3) Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.
(4) Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat."
StGB.

[286] *"La expresión legal "actuar por otro" como se lee en el párrafo tercero del §73, ha sido interpretada generosamente, yendo más lejos de lo que podría sugerir la denominación usual de "cláusula del representante". A diferencia de lo que sucede con el comiso de los instrumenta vel producta sceleris - objeto de una "Einziehung" con rasgos penales ajenos al "Verfall" de las ganancias- aquí no se requiere una relación orgánica entre el beneficiario y el agente en el sentido del §14 ni tampoco un encargo especial, bastando, por el contrario, cualquier forma de actuación con aquel resultado."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 529.

circunstancias), autores como Manzanares Samaniego destacan el carácter cuasiculpable de la relación del tercero con el hecho.[287]

Con el propósito de facilitar la tarea de los operadores jurídicos que deben determinar la extensión de lo obtenido, su valor, así como la cuantía de lo reclamado por el perjudicado por el hecho, el §73 b los autoriza a realizar una valoración prudencial.[288] Como lo que se estima es la ganancia, en primer término se debe haber demostrado que la misma existió. Además, dicha ponderación solo cabe cuando no es posible hacer una determinación concreta, o cuando hacerla suponga un despliegue excesivo en términos de tiempo o costes.[289]

Sobre la naturaleza jurídica de la confiscación de las ganancias en el Derecho penal alemán existe polémica. Cuando regía el principio de la ganancia neta se le consideraba una medida compensatoria cuasi-restitutoria, que también privaba al autor del enriquecimiento ilegítimo en los casos en que no había una pretensión individual del perjudicado sobre el objeto a confiscar.[290] Ahora, con la inclusión del principio de la ganancia bruta, la pérdida de los beneficios según buena parte de la doctrina asume el carácter de pena adicional, pues el autor es desposeído de más de lo que ganó con la comisión del delito.[291] En tanto que algunos concluyen que la disposición viola claramente el principio de culpabilidad,[292] pues para imponer el comiso no se requiere la culpabilidad del autor (como sí sucede con las penas), sino úni-

---

[287] *"La segunda excepción de este artículo al presupuesto general de que la ganancia se refiera a cosa o derecho cuyo titular sea el autor o partícipe del hecho antijurídico aparece en su párrafo cuarto. Según tal precepto, la propiedad o titularidad de un tercero no obsta al comiso, si precisamente ese tercero es quien proporcionó o prometió la ventaja patrimonial al interviniente en el injusto tipificado, siendo así que lo decomisable ha continuado en su poder o ha vuelto al mismo, puesto que la cosa debe ser suya al tiempo de acordarse la medida... El §73 IV recoge dos modalidades de esta excepción, situando junto a la ventaja patrimonial "por el hecho" la concedida "con conocimiento de las circunstancias del hecho"... el primer supuesto no será de aplicación frecuente, pues por lo común el tercero aparecerá como interviniente en la actuación antijurídica... pero puede darse, por ejemplo, en la gratificación a quien ya estaba decidido a cometer el delito (por lo que no habría inducción) o en la no entrega de la dádiva del cohecho, o en la devolución de ese precio antes de acordarse el comiso, o cuando el partícipe receptor disfruta de una excusa absolutoria."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, ibídem,* p. 529.

[288] "§ 73b Schätzung
Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde, können geschätzt werden."
Como apuntan Jescheck y Weigend, puede suceder que el esfuerzo dirigido a averiguar la extensión de lo conseguido por el sujeto, pese a proporcionar una base suficiente para su evaluación, no suministre o permita alcanzar un resultado inequívoco. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 852.

[289] Manzanares Samaniego señala que *"La estimación se refiere al quantum de la ganancia, por lo que presupone la constatación previa de haber existido aquella y de otro lado, no autoriza a prescindir de elementos probatorios fácilmente disponibles. Al Tribunal corresponde decidir sobre la procedencia de acudir a la "estimación" para, en el marco del principio de proporcionalidad, evitar demoras o gastos excesivos."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 530. En igual sentido, AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 147.

[290] Este es el criterio expuesto v.g., por Eser; Eberbach; Lackner y R. Schmitt. Todos citados por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 854.

[291] Posición que comparten JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 854. También Hoyer; Lackner; Dessecker; Horn y Benseler, citados por AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 144.

[292] Eser, citado por AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 144 y por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 854.

camente un hecho antijurídico y además puede imponerse en perjuicio de terceros, otros consideran oportuno resolver este problema a través de una solución diferenciada según el autor haya actuado culpablemente o no. Así, cuando haya actuado culpablemente, se aplicará el principio de las ganancias brutas y cuando no sea así, o cuando se afecte a un tercero no responsable, se aplicará el principio de las ganancias netas.[293]

La legislación portuguesa regula el comiso de las ganancias siguiendo la línea del Código penal alemán, pues se prevé el comiso de los aprovechamientos, el comiso de lo obtenido por sustitución de lo inicialmente decomisable y el comiso del valor.[294] En concreto, en su artículo 111[295] dispone la pérdida de las ventajas. En el apartado 1, dispone que toda recompensa dada o prometida a los autores de un hecho ilícito típico (o sea, no se demanda una declaratoria de culpabilidad),[296] sea para ellos o para otros, es objeto de pérdida a favor del Estado. En el segundo apartado se señala que son también objeto del comiso (de pérdida a favor del Estado indica la norma), sin perjuicio de los derechos del ofendido o el tercero de buena fe, las cosas, derechos o ventajas que a través del hecho ilícito típico han sido directamente adquiridas, para sí o para otros por los agentes y representan una ventaja

[293] *"Si se quiere que el nuevo § 73 no se declare en su conjunto inconstitucional por la infracción del mencionado principio o que, en contra de la voluntad declarada del legislador, se siga manteniendo sobre la base del principio de la ganancia neta, sólo cabe una "solución diferenciada": si el autor ha actuado culpablemente -y bajo los presupuestos del § 14 también el tercero representado- se declarará como pena complementaria el beneficio bruto del delito; este perjuicio adicional se ha de tener en cuenta a favor del autor en la determinación de la pena de prisión o de multa. Si el sujeto no ha actuado culpablemente o si la confiscación de la ganancia es dictada (por ejemplo, según el § 73 III) en perjuicio de alguien que no tomó parte en el hecho, entonces el principio de culpabilidad prohíbe privar al autor más allá de la ganancia neta; en este caso la pérdida del provecho delictivo se limita, pues, a las ventajas patrimoniales realmente obtenidas previa deducción de los gastos originados por el hecho."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 854. A favor de esta postura, también Dreher/Tröndle; Hoyer y Lackner, citados por Jescheck y Weigend en la misma página de la obra antes mencionada.

[294] Así lo indica MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 530.

[295] "Artigo 111º
Perda de vantagens
1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.
2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.
3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.
4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor."
Código Penal Português.

[296] GONÇALVES, Código Penal Português, *op. cit.,* p. 385.

patrimonial de cualquier especie.[297] Según el art. 111, las disposiciones anteriores también se aplican a las cosas o los derechos obtenidos con la transacción o cambio de las cosas o derechos directamente conseguidos por medio del hecho ilícito típico. De esta forma se contempla el comiso subrogatorio en la normativa portuguesa, pues recae sobre los bienes que sustituyen lo decomisable inicialmente. Sin embargo, la doctrina aclara que este precepto se aplica solamente a lo obtenido en el primer eslabón de transacciones.[298]

Como adelanté al examinar el comiso de instrumentos y efectos, en el Código penal suizo la confiscación de valores patrimoniales es una medida ajena a las penas y las medidas de seguridad. Ya en el terreno de la confiscación de los valores patrimoniales, encontramos dos variantes: la confiscación de valores patrimoniales que constituyen el producto de un delito o están destinados a determinar o recompensar al autor de un delito y la confiscación de valores patrimoniales de una organización criminal. La primera modalidad está regulada en el art. 70 del Código Penal[299] y la segunda en el art. 72.[300] Esta última la abordaré al examinar el comiso ampliado.

La confiscación de los valores patrimoniales contenida en el art. 70 es preceptiva. El tribunal debe ordenar la confiscación de los bienes que son producto del

---

[297] La doctrina reconoce que la delimitación del campo de aplicación de los artículos 109 y 111 es poco nítida. Véase p. ej., DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime, op. cit.,* p. 630.

[298] *"Outra alteração consistiu em a lei, no n° 3, ter demarcado como precisão que a perda de coisas ou direitos obtidos mediante transação ou troca com coisas ou direitos directamente obtidos por meio do facto ilícito típico só vale para o primeiro elo da cadeia de trocas ou transacções, o mesmo é dizer para a primeira operação realizada como a vantagem do crime."* GONÇALVES, Código Penal Português*, op. cit.,* p. 385.

[299] "Art. 70
Confisca di valori patrimoniali.
Principi
1 Il giudice ordina la confisca dei valori patrimoniali che costituiscono il prodotto di un reato o erano destinati a determinare o a ricompensare l'autore di un reato, a meno che debbano essere restituiti alla persona lesa allo scopo di ripristinare la situazione legale.
2 La confisca non può essere ordinata se un terzo ha acquisito i valori patrimoniali ignorando i fatti che l'avrebbero giustificata, nella misura in cui abbia fornito una controprestazione adeguata o la confisca costituisca nei suoi confronti una misura eccessivamente severa.
3 Il diritto di ordinare la confisca si prescrive in sette anni; se il perseguimento del reato soggiace a una prescrizione più lunga, questa si applica anche alla confisca.
4 La confisca è pubblicata ufficialmente. Le pretese della persona lesa o di terzi si estinguono cinque anni dopo la pubblicazione ufficiale della confisca.
5 Se l'importo dei valori patrimoniali sottostanti a confisca non può essere determinato o può esserlo soltanto con spese sproporzionate, il giudice può procedere a una stima."
Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

[300] "Art. 72
Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale
Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260ter) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione."
Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

delito (producto directo o activos adquiridos con ese producto[301]), o están destinados para determinar o recompensar a su autor, a menos que deban ser devueltos a la parte lesionada para restablecer su situación jurídica. De este modo la confiscación es subsidiaria a la devolución descrita.[302]

En el concepto de valores patrimoniales, la doctrina incluye tanto los incrementos del activo como las disminuciones del pasivo[303] y a diferencia de lo que sucede con el comiso de seguridad, los bienes pueden ser tanto objetos materiales como derechos, materiales o inmateriales, siempre que se puedan estimar económicamente. Además, el comiso tiene como presupuesto la comisión de una acción típica y antijurídica, aunque no sea culpable.[304]

La confiscación no puede ser ordenada en caso de que un tercero haya adquirido la ventaja patrimonial ignorando los hechos que lo justifican, en la medida en que a cambio ha dado una contraprestación adecuada, o cuando la confiscación sea una medida excesivamente severa (art. 70.2 CP), lo que supone la inclusión del principio de proporcionalidad en la resolución del tema.

La norma autoriza al órgano jurisdiccional a hacer una estimación de los valores patrimoniales en caso de que no sea posible hacer una determinación precisa, o cuando solo pueda serlo con costos desproporcionados. La norma no obstante, no brinda mayores reglas al respecto (art. 70.5 CP).

Finalmente, señalar que en la determinación de la cuantía de lo decomisable, la doctrina se debate acerca de si se debe aplicar el principio de ganancias brutas o netas, aun y cuando la jurisprudencia apuesta por el *bruttoprinzip*.[305]

---

[301] AESCHLIMANN, Yves. "Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza." En: GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture.* Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009, p. 120.

[302] En este mismo sentido, véase AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 121. Esta autora se refiere al artículo 59.1 *in fine* del Código penal suizo, que en buena parte corresponde al numeral 70 que estamos analizando.

[303] AESCHLIMANN, *op. cit.,* p. 120.

[304] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 119.

[305] Según Aguado Correa, la doctrina diferencia entre actividades ilícitas y las que no siéndolo, se convierten en antijurídicas por el modo de realizarlas. Ejemplo de las primeras son el tráfico de drogas o el proxenetismo. Un ejemplo de las segundas, es la actuación de un empresario que en una actividad legal defrauda impuestos y como consecuencia de esto, ofrece productos a precio menor, incrementando el volumen de sus negocios. En el segundo supuesto, la tendencia es admitir el *Nettoprinzip* pero en el primero, el tema es discutible. A favor de aplicar el principio de ganancias netas, Stratenwerth; Müller. Para otros autores lo procedente es aplicar una solución diferenciada (Schmid; Pieth/Natterer; Trechsel y Baumann). Todos estos autores han sido citados por AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem*, pp. 123-124.

4. Fundamento y orientación teleológica del comiso de ganancias en la legislación española.

De forma unánime la doctrina considera que el fundamento del comiso de las ganancias radica en la no tolerancia de una situación patrimonial ilícita. La medida en consecuencia, está destinada a impedir un lucro injusto (así, p. ej., Manzanares Samaniego[306]; Mapelli Caffarena[307]; Muñoz Conde y García Arán;[308] Puente Aba;[309] Faraldo Cabana;[310] Ocaña Rodríguez;[311] Cerezo Domínguez;[312] Blanco Cordero;[313] Calderón Cerezo y Choclán Montalvo,[314] entre otros[315]).

---

306 Para él, este comiso es una *"...medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, por utilizar las palabras de Maurach."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 39. En otras obras, se refiere a este instituto como una *"medida para corregir situaciones patrimoniales ilícitas."* MANZANARES SAMANIEGO, "Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)." En: *AP, op. cit.*, p. 238. En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 531, últimas dos líneas. Finalmente, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 620.

307 Cree que el comiso de ganancias tiene como fundamento el evitar enriquecimientos injustos. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 415.

308 MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 7° edición, p. 607; MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.*, 8° edición, p. 621. Según Muñoz Conde y García Arán, el comiso de las ganancias pretende evitar el enriquecimiento injusto de los responsables, al igual que sucede con el comiso de los efectos. Como ya indiqué, creo que ambos autores incurrieron en esta obra en el error de mezclar la categoría de los efectos con la de las ganancias.

309 *"...el comiso de las ganancias provenientes del delito no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 985. Asimismo, PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *AFDUC, op. cit.,* p. 853 y PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 6.

310 FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 255.

311 OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.,* p. 75. El comiso de ganancias se funda según este autor en el principio de que nadie se puede enriquecer a costa de hechos típicamente antijurídicos y de que se deben prevenir las nuevas infracciones que son facilitadas con esas ganancias.

312 *"Lo característico del comiso de la ganancia es su objeto, que, como provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna, no apreciándose siquiera una peligrosidad objetiva. De ahí que la naturaleza del comiso de la ganancia sea la de una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial o, si se prefiere, la de una medida tendente a impedir un lucro ilícito."* CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 35. Esta autora sigue en lo esencial a Gracia Martín.

313 *"... el comiso de ganancias responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícitos. El Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que ordena la pérdida de éstas. Requisito para su imposición es... constatar que se ha producido la obtención ilícita de un enriquecimiento."* BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 2; BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* p. 69.

314 Calderón Cerezo y Choclán Montalvo señalan que el comiso de ganancias tiene la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas, o en otras palabras, de restablecer el or-

Superado este punto surgen las discrepancias. P. ej., Manzanares Samaniego estima que el provecho económico conseguido por medio del delito no es peligroso y en consecuencia, su comiso no busca prevenir el peligro que sí se puede predicar en relación con los efectos e instrumentos de la infracción.[316] Cree que el fundamento del comiso de ganancias no es la prevención del peligro del objeto (sea intrínseco o en relación con alguien), sino el enriquecimiento injusto, de ahí que nada impida acudir al comiso de segundo grado, entiéndase el que recae sobre el objeto que ha sustituido al primero pero sin que haya desaparecido el lucro que se desea anular, o al comiso de valor o por valor equivalente.[317] Con una orientación semejante, Puente Aba[318] y Cerezo Domínguez[319] niegan que las ganancias puedan considerarse objetivamente peligrosas. En sentido contrario, García Arán;[320] Gascón Inchausti[321] y Ramón Ribas sostiene que lo son. En consecuencia, consideran que esa peligrosidad

---

den económico. CALDERÓN CEREZO; CHOCLÁN MONTALVO, *DPPG, op. cit.,* Tomo I, pp. 523-524, 527. Véase también CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 345; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 29.

315 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál., Manual de DPPG, op. cit.,* p. 467 y SANZ MULAS, Nieves. "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)." En: *La Ley Penal.* Editorial La Ley, N° 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero 2008. Vid. específicamente el punto 3 del apartado V. Disponible en: http://laleydigital.laley.es.

316 MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 925. En esta obra niega la peligrosidad de las ganancias. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 39-40. En otra obra, este mismo autor señala: *"... en la ganancia, no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa. Por ello hemos entendido que la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una "medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial", por emplear las palabras de Maurach, o si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 620.

317 MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.*, pp. 246-247; MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.,* pp. 5-6.

El comiso de valor consiste en el comiso de una cantidad de dinero correspondiente al valor de los bienes vinculados con la infracción. El comiso por valor equivalente es, como su nombre lo indica, el comiso de bienes por un valor que equivale o corresponde a los bienes vinculados con la infracción. El primero no se prevé en la legislación española, el segundo sí. Sobre esto, véase el capítulo IV de esta investigación, específicamente el acápite dedicado al comiso por valor equivalente.

318 PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 985; PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 853.

319 CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 35. Para el comiso bastará con demostrar que se produjo el beneficio y que éste constituye para su destinatario un enriquecimiento injusto.

320 García Arán señala que el comiso de ganancias también puede incluir el componente de la peligrosidad objetiva del fortalecimiento de las organizaciones criminales: *"...la disponibilidad sobre las ganancias, directas, blanqueadas o transformadas, presenta también un elemento de peligrosidad objetiva de lo decomisado, en tanto los grandes capitales alimentan la organización y la reproducción del negocio criminal."* GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 956.

321 GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 25.

también es uno de los fundamentos del comiso de ganancias.[322] Según Ramón Ribas, la medida tiene una finalidad preventivo especial, al prevenir la comisión de delitos mediante medidas expropiatorias, orientadas a su vez a neutralizar el peligro que emana de los bienes expropiados, sean ganancias, instrumentos o efectos, prevención especial que no incide sobre personas concretas, sino sobre bienes concretos. De la misma forma, tiene una función preventivo general, *"…pues se lanza un importante mensaje con el que se pretende incidir en la principal de las motivaciones de la delincuencia organizada y empresarial: la titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito no será obstáculo para decretar el comiso de las ganancias originadas por el delito o falta (fundamentado el comiso, además, en el enriquecimiento injusto que se hubiera producido, su función radicará, también, en lógico acuerdo con este nuevo fundamento, en impedir dicho enriquecimiento ilícito)."*[323] En igual sentido, Gascón Inchausti creen que el comiso de ganancias tiene una función preventiva especial y general.[324]

Aunque sin referirse a la peligrosidad de las ganancias, algunos autores también le otorgan a este comiso una orientación preventiva. V.g., Núñez Fernández cree que privar de la ventaja patrimonial del delito es un mecanismo idóneo para disuadir de su comisión.[325] Bárbara Huber señala que el comiso de ganancias se justifica por el principio básico de que nadie debe enriquecerse con sus propias infracciones y el fin más utilitario de demostrar a los futuros delincuentes que el crimen no paga (entiéndase, la prevención del crimen mediante el reforzamiento que brinda la confiscación de los bienes). Huber también entiende que este comiso elimina el peligro de futuros delitos (pues las ganancias no siempre son para que el responsable satisfaga su deseo de consumo, sino que es común que se reinviertan en la organización criminal) y que permite proteger el orden económico, afectado con la inversión que hacen las organizaciones criminales de sus ganancias en negocios legales, lo que a la postre, supone una competencia desleal entre compañías que son legales y las que

---

322 RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC*, *op. cit.,* p. 544. También CARNEVALI R., Raúl. "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *Revista de Derecho Penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., N° 33, Año XI, 2° cuatrimestre 2011, p. 118. Hay que tener cuidado con el análisis de las palabras de este autor, ya que entiende el comiso como una medida de seguridad, idea que aunque procedente en la legislación italiana, no se puede trasladar al ordenamiento jurídico español.

323 RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 531; RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 667; RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 783.

324 *"…cuando lo que se decomisa son los beneficios o ganancias, la meta principal que se persigue consiste en evitar que se consume una situación patrimonial ilícita: dado que el Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, ordena la pérdida de éstas. No pueden dejar de apreciarse, por ello, ciertas dosis de prevención general y de prevención especial en esta modalidad de decomiso, que tampoco empañan un carácter preventivo o de seguridad: y es que no puede ignorarse que el patrimonio ilícito puede ser en sí mismo peligroso, dado que puede ser utilizado para la financiación de nuevas actividades delictivas."* GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* p. 3. Vid. también GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 25.

325 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 974.

usan capital mixto.[326] Otros que también atribuyen al comiso de ganancias una función elemental de carácter preventivo general, consistente en neutralizar el estímulo de la ganancia percibida, o en otras palabras, en eliminar el incentivo para la comisión de delitos, son Fernández Teruelo;[327] Faraldo Cabana;[328] Blanco Cordero;[329] Wilfried Bottke;[330] así como el Consejo General del Poder Judicial.[331]

La obra de algunos autores (v.g., Mapelli Caffarena, Gracia Martín, el mismo Manzanares Samaniego, Vizueta Fernández y Aguado Correa) merece un examen más pausado por el alcance de sus razonamientos. El primero, en consonancia con Manzanares Samaniego y Gracia Martín, niega que este comiso tenga fines preventivos, como sí sucede con el de efectos e instrumentos. Según él, aquí, *"…se evita un enriquecimiento injusto procedente del delito. Nos encontramos ante una figura jurídica muy próxima a la de responsabilidad civil, no tanto porque su gravedad se determina por un elemento ajeno al hecho delictivo como son las ganancias, sino porque su aplicación no responde a los fines ni preventivos ni retributivos del sistema penal. Nadie discute el carácter punitivo de la pena proporcional y, no obstante, en su determinación los tribunales deberán tener en cuenta "el beneficio reportado por el delito…*

[326] HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* pp. 166-167.

[327] FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 112.

[328] Analizando la obra de Patricia Faraldo Cabana, se concluye que en efecto, si bien señala expresamente que el comiso de las ganancias tiene como fundamento el enriquecimiento injusto o el mantenimiento de una situación patrimonial ilícita, agrega, parafraseando un texto de Naciones Unidas, que la necesidad de combatir el crimen organizado ha hecho que se considere el comiso como *"un arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial."* FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 253. En suma, reconoce que el comiso de las ganancias es una herramienta básica en la persecución de la criminalidad organizada y en general de toda delincuencia con matices económicos.

[329] Blanco Cordero, además de reconocer al comiso de ganancias una fuerte impronta civilista por pretender evitar el enriquecimiento injusto, añade que con él se envía el mensaje de que la delincuencia no es una actividad lucrativa, lo que supone una función preventiva. Véase BLANCO CORDERO, "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 2. A pesar de lo anterior, Blanco Cordero considera errado entender el comiso como una medida de carácter penal. BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* pp. 64-65.

[330] En ese sentido, señala Wilfried Bottke que *"Una condicción de carácter obligatorio del provecho obtenido a través del delito lo bastante frecuente, envía a quienes tienen noticia de ella el mensaje aleccionador de que los hechos punibles y la participación en quebrantamientos de la norma no resultan rentables."* BOTTKE, Wilfried. "La actual discusión sobre las finalidades de la pena". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Barcelona, Bosch, 1997, p. 61.

[331] DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 67.

Lo que es ajeno al Derecho penal es la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito, independientemente de que origine o no un perjuicio a terceras personas."[332]

Como se desprende del texto trascrito, la razón por la cual Mapelli Caffarena considera que el comiso de ganancias es una medida próxima a la responsabilidad civil es porque su aplicación no responde a los fines del sistema penal, sino a la pretensión de evitar un enriquecimiento ilícito, objetivo que, según él, es ajeno al Derecho penal. Este autor, sin embargo, no da a conocer las razones por las cuales concluye que ese propósito (acabar con el enriquecimiento injusto), es próximo al ámbito de la responsabilidad civil.

No comparto esta postura, pues con el comiso de ganancias también se pueden alcanzar efectos preventivos, lo que no es incompatible con la finalidad que Mapelli Caffarena atribuye a este instituto, a saber, evitar el enriquecimiento que se tacha de irregular por proceder de una conducta como mínimo, típica y antijurídica. Son propósitos no excluyentes. Aunado a esto, hay razones para descartar que el comiso sea una medida de carácter civil. Sobre esto me extenderé más adelante (tanto en este acápite, como en el destinado a examinar la naturaleza jurídica de la figura).

Por su parte, Gracia Martín es el autor que llega al extremo en torno al comiso de las ganancias. Apoyándose en Manzanares Samaniego (que contra lo que Gracia Martín sugiere, no ha afirmado que el comiso de ganancias sea una medida perteneciente al Derecho civil), Gracia Martín considera que sí lo es.[333] Entiende que este comiso, claramente diferente al de efectos e instrumentos pues el objeto sobre el que recae no es peligroso, tiene el propósito de impedir el enriquecimiento sin causa y en concreto el enriquecimiento injusto.[334] Nótese que a pesar de coincidir con Manzanares Samaniego en cuanto al fundamento y orientación teleológica del instituto, le atribuye una naturaleza jurídica civil, lo que le coloca más allá de los autores que se limitan a señalar que el comiso de ganancias es una medida que busca evitar el enriquecimiento injusto.

Para Gracia Martín el comiso de las ganancias se fundamenta en la existencia de una situación patrimonial ilícita y el juicio de no tolerancia de la misma (por eso le atribuye un carácter civil). El propósito es restituir la situación a una que se ajuste con el ordenamiento jurídico de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios.[335]

---

[332] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50.

[333] Ésta también es la opinión de Agustín Jorge Barreiro. Para él, el comiso de las ganancias es una medida de Derecho civil tendiente a impedir el enriquecimiento injusto. JORGE BARREIRO, "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *AP, op. cit.,* p. 511.

[334] GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 452.

[335] *"Así, por ejemplo, fundamento de la consecuencia de la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito es únicamente la situación patrimonial ilícita que se ha producido y el juicio de no tolerancia de la misma; la finalidad específica de la privación de dichas ganancias es la restitución objetiva de la situación ajustada al orden jurídico objetivo de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios. Su naturaleza jurídica específica no es penal, sino exclusivamente civil. La medida de comiso de*

Por ser una medida de carácter civil, sostiene, para aplicarlo debería bastar con que se compruebe que el delito produjo beneficios y que estos son para su destinatario un enriquecimiento sin causa, un provecho ilícito.[336]

Varias son las observaciones que puedo hacer sobre la posición de Gracia Martín. La primera, que permea a otros autores como Mapelli Caffarena (pues éste considera el comiso de ganancias una medida próxima a la responsabilidad civil), o Choclán Montalvo (que señala expresamente *la acción de enriquecimiento ilícito* como *fundamento* de la confiscación),[337] es que ni la responsabilidad civil derivada del delito, ni la acción de enriquecimiento injusto, son las vías idóneas para dar respuesta a la necesidad de confiscar las ganancias.[338]

En lo relacionado con la responsabilidad civil, nótese que ésta, según el art. 110 CP, solo alcanza la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados a un perjudicado.[339] Mientras que al tenor del art. 110 se busca beneficiar al perjudicado y el ejercicio de la acción depende exclusivamente de su voluntad, en el comiso el beneficiario es el Estado y en su imposición, que en la mayoría de los casos es imperativa, la voluntad del afectado es intrascen-

---

los instrumentos del delito se fundamenta exclusivamente en la peligrosidad objetiva de la cosa, es decir: de los instrumentos mismos de comisión del hecho, basada en la probabilidad de que la libertad de disposición de tales objetos proporcionará ocasión para la comisión de nuevos hechos delictivos por el mismo autor o por otros sirviéndose de aquel instrumento, y su finalidad es una propia de la actividad de policía de aseguramiento del ordenamiento jurídico frente a peligros. Su naturaleza jurídica, pues, no es punitiva sino meramente policial, y, por tanto, pertenecerá al Derecho administrativo." GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 37.

[336] GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 452.

[337] CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 346. Sin embargo, en otra obra, Choclán Montalvo habla del comiso de ganancias como una medida que se fundamenta tanto en el principio de que nadie puede enriquecerse por medio de un hecho antijurídico, como en la necesidad de evitar el uso de las ganancias en la comisión de nuevas infracciones (prevención especial) y en la necesidad de demostrar a los delincuentes que el crimen no paga (prevención general): *"En suma, el fundamento de la confiscación o pérdida de la ganancia es doble, como señala la STDH de 9 de febrero de 1995, reiteradamente citada: 1) primeramente, privar a una persona de los productos que derivan de un delito, sobre la base de que nadie puede enriquecerse por medio de un hecho antijurídico; 2) en segundo lugar, impedir toda utilización futura del producto de la infracción para la realización de nuevos hechos punibles. Este segundo aspecto aproxima la pérdida de la ganancia al comiso de seguridad, pues con ambas instituciones se trata de prevenir la utilización peligrosa de un bien que favorece la actividad delictiva. Pero al margen de este aspecto de prevención especial, la medida se dirige, desde un punto de vista utilitario, a demostrar a los posibles delincuentes que el crimen no paga."* CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 50.

[338] Así lo reconoce el mismo Gracia Martín. Véase: GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 571.

[339] "Artículo 110.
La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:
La restitución.
La reparación del daño.
La indemnización de perjuicios materiales y morales."

dente.[340] Inclusive, el comiso procede en cualquier caso, sea que se cuente con una víctima o no (v.g., como sucede en las infracciones relacionadas con el tráfico de drogas). Asimismo, al determinar los rubros que deben ser indemnizados, en el ámbito civil se prescinde por completo de propósitos ejemplarizantes o preventivos,[341] como sí sucede en el comiso.

Siempre en relación con este tema, existe consenso acerca de que con la acción civil que puede emprender la víctima empobrecida por la infracción para ser resarcida por los daños y perjuicios que ha experimentado, el daño siempre se debe restituir. Tratándose de los lucros que el responsable de la conducta ilícita ha obtenido gracias a su iniciativa la situación es diferente, ya que mientras algunos autores creen que se debe restituir solamente la medida del empobrecimiento del sujeto dañado, otros incluyen los enriquecimientos obtenidos mediante la iniciativa del responsable del enriquecido.[342] Si bien podríamos tener la tentación de pensar, con base en una de estas posturas doctrinarias, que en los casos en que existe un perjudicado y una pretensión sobre el lucro, la regulación civil permite hacerse con las ganancias, no por eso podemos concluir que ésta sea la vía idónea para articular el comiso de ganancias, pues como hemos reiterado, la relación que se establece entre el perjudicado y el demandado civil no es la misma que se establece entre el Estado, (beneficiario e impositor del comiso) y el condenado o el tercero afectado.

En cuanto a la *acción de enriquecimiento injusto* que prevé la legislación civil, ésta busca resolver hipótesis fácticas distintas a las que motivan el comiso de las ganancias procedentes de un injusto penal. La máxima según la cual no es lícito *enriquecerse torticeramente en daño de otro,*[343] supone que todo desplazamiento entre patrimonios se debe justificar en una situación precedente que el ordenamiento jurídico considere justa. Si no se presenta esta circunstancia (una justa causa), surge el deber de restituir lo recibido y correlativamente, surge una acción a favor del empobrecido para reclamar esa restitución.[344] Nada de eso acontece con el comiso. Para explicarme, voy a abordar brevemente los presupuestos del enriquecimiento sin causa. El primero, el enriquecimiento, que puede ocurrir tanto por un aumento en el patrimonio, como por una no disminución del mismo.[345] En segundo lugar, el

---

340 El ejercicio de la acción civil es una opción para el perjudicado, quien puede accionar ante la jurisdicción civil.

341 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; TAMARIT SUMALLA, Josep. "Libro I: Título V (Art. 109)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005, p. 595.

342 Según Álvarez-Caperochipi, existe polémica sobre la restitución de los enriquecimientos obtenidos mediante actos ilícitos, pues para algunos cuando la persona se enriquece de esta manera debe restituir todo el lucro conseguido y para otros, la restitución alcanza solamente la medida del empobrecimiento del sujeto dañado, pero no los enriquecimientos obtenidos mediante la iniciativa del responsable del enriquecido. ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa.* Granada, Editorial Comares, 3° edición, 1993, p. 185.

343 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil.* Madrid, Edisofer, S.L., Vol. I, Introducción y Parte General, 2009, p. 114. Según Albaladejo, esta máxima desde hace más de un siglo ha sido considerada por los órganos jurisdiccionales un principio general del Derecho.

344 DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, Editorial Tecnos, 2° reimpresión de la 9° edición, Vol. II, 2002, p. 521.

345 *"...la noción de enriquecimiento puede identificarse con cualquier acto que genera un incremento patrimonial para el enriquecido o, lo que es lo mismo, un aumento del valor de su patrimonio. Es indi-*

empobrecimiento del actor. Sobre éste, apuntan Díez-Picazo y Gullón: *"La existencia de un enriquecimiento de una persona por otra no sería suficiente para fundar la pretensión de enriquecimiento. Es necesario que el enriquecimiento se produzca a costa de otro. El que no sufre ese empobrecimiento no tiene interés, porque nada ha perdido. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable: puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo."*[346] Como indican ambos autores, cuando el empobrecimiento es imputable al demandante mismo, o proviene de una iniciativa que no parece poder concederle justo título, la acción no procede.[347] El tercer presupuesto que exige la doctrina es la relación entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor.[348] Finalmente, se requiere la falta de causa del desplazamiento patrimonial, entendida ésta como el hecho, acto o situación de carácter lícito que justifica el desplazamiento patrimonial,[349] como *"…aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la misma para recibirla y conservarla, lo cual puede ocurrir porque exista un negocio jurídico válido y eficaz o una disposición legal que autorice aquella consecuencia."*[350] Por último, es importante aclarar que si bien en el pasado se exigía mala fe del enriquecido (se hablaba de un enriquecimiento torticero[351]) hoy no es así, al punto de que el enriquecimiento puede obedecer a la ignorancia o la buena fe.[352] Para concluir, tratándose de esta acción hay un límite: lo obtenido por el demandado y lo perdido por el actor, con lo cual no se puede exceder esos mon-

---

ferente que dicho incremento tenga lugar por la adquisición de la propiedad de una cosa (o simplemente la posesión de una cosa fructífera), la desaparición o disminución de una deuda, la adquisición o generación de un derecho de crédito." LASARTE, Carlos. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II.* Madrid, Marcial Pons, Tomo II, 15° edición, 2011, p. 282.

[346] DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* Vol. II, p. 526. Vid. también LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.,* p. 282.

[347] Como ejemplo, cita el caso de la abuela que conserva a los niños contra la decisión judicial que ordena entregarlos al padre divorciado. La primera no podría demandar el rembolso de los gastos de manutención bajo el pretexto de que éste los ha ahorrado. DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* Vol. II, p. 526.

[348] Entre empobrecimiento y enriquecimiento debe haber conexidad. El empobrecimiento del actor debe ser causa del enriquecimiento del demandado. Así, LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones.* Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 2, 3° edición, 2005, p. 414 y LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.,* p. 282. Apartándose de lo anterior, Vizueta Fernández señala que en la doctrina ya no hay unanimidad sobre la necesidad de que el actor sufra un empobrecimiento correlativo a la ventaja patrimonial que obtuvo el demandado. VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, op. cit.,* p. 169. Importante aclarar que a pesar de su observación, Vizueta Fernández concluye que el comiso y la acción de enriquecimiento no son figuras identificables.

[349] LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.,* p. 282.

[350] DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* Vol. II, p. 525.

[351] ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 114.

[352] DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* Vol. II, p. 527; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, op. cit.,* p. 412.

tos.[353] Esto, a su vez, supone que esta acción no es una acción resarcitoria de daños y perjuicios.[354]

Con lo expuesto podemos descartar que la figura del enriquecimiento injusto prevista en la normativa civil española pueda ser el fundamento del comiso de ganancias. Primero, porque en muchos casos la obtención de ganancias a través de una conducta antijurídica (y que supone el enriquecimiento de un sujeto en los términos antes dichos), no provoca el empobrecimiento de una persona en particular (piénsese, v.g., en los delitos relacionados con el tráfico de drogas, donde quien paga por esa clase de mercancías nada ha perdido, al serle imputable la disminución de su patrimonio y por ser una negociación nula toda vez que versa sobre un objeto ilícito). Con el comiso no se pretende que el empobrecido pueda demandar el rembolso, de manera que pueda recuperarse de la pérdida pecuniaria que experimentó. En tanto que lo obtenido con la acción de enriquecimiento se concede al perjudicado, en el comiso quien puede reclamar la aplicación de esta figura jurídica es el Estado, configurándose una relación (Estado-titular de las ganancias, sea el imputado o un tercero), que es diferente a la de dos sujetos de Derecho privado. Aunado a esto, aunque exista una tendencia a considerar que el enriquecimiento injusto constituye un principio general de Derecho,[355] su funcionalidad depende de su asunción técnica por parte del legislador y tratándose de las ganancias provenientes de un delito o falta, o cuando menos de un injusto penal, la ley civil no lo ha recogido, pues como vimos nada tiene que ver la acción que se prevé en materia civil[356] con la figura contemplada en el art. 127 CP.

Basozabal Arrue, autor que ha trabajado el tema del enriquecimiento injustificado, estima en relación con la restitución de las ganancias que el ordenamiento civil español no prevé su concesión a favor del empobrecido. Desde su óptica, como la restitución de las ganancias es una medida que algunos califican de punitiva y tiene además una orientación preventiva (pues busca desincentivar la comisión de infracciones), es el Derecho penal quien debe encargarse. *"Y esto es así porque, al ser el derecho penal el instrumento punitivo por excelencia del ordenamiento jurídico, se encuentra capacitado para articular "medidas punitivas" de carácter pecuniario sin tener que enfrentarse al problema jurídico-privado de su posterior redistribución. Con la utilización de la figura del comiso penal se pueden articular la restitución de la ganancia como factor de prevención y punición de determinadas conductas intromisivas sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión. El carácter público de la "pena" (comiso de la ganancia) evita que el cumplimiento de la función punitiva se vea*

[353] Vid., PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil.* Barcelona, Bosch, Tomo II, Vol. III, p. 71; LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.,* p. 283.
[354] DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, op. cit.,* Vol. II, p. 528.
[355] LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.,* p. 279.
[356] Algunos autores encuentran que el entronque normativo de la acción general de enriquecimiento que he descrito atrás se puede encontrar en el art. 1901 del CC. P. ej., LASARTE, *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II, op. cit.*, p. 281.

ensombrecido por el "mal menor" de premiar a un sujeto con el único mérito de haber sido víctima de una conducta punible."[357]

Como se extrae de este texto, Basozabal Arrue cree que el art. 127 CP contempla expresamente la restitución de la ganancia, de ahí que se trate de una medida penal y sea cuestionable plantearla en el ámbito del Derecho privado.[358] En suma, la misma doctrina civil reconoce que el comiso de las ganancias es una medida de carácter penal,[359] lo que es una razón más para descartar que esta medida pueda articularse a través de la acción de enriquecimiento injusto, o mejor dicho, que esa acción sea el fundamento de ese comiso, como sostienen algunos autores.

Aclarado lo anterior, me voy a referir a lo expuesto por Vizueta Fernández y Aguado Correa en materia de fundamento y fines del comiso de ganancias. Para el primero, el comiso de ganancias se basa solamente en la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial. Rechaza fundamentar esta medida en la peligrosidad objetiva de las ganancias, entendida como la probabilidad de que sean empleadas en la comisión de nuevas infracciones, pues esto nos conduciría a negar el comiso cuando ese riesgo no existe.[360] Si bien el comiso puede tener efectos preventivos, como evitar que la ganancia sea empleada en nuevas infracciones, o incluso enviar el mensaje de que el delito no paga, se trata de efectos acompañantes que aunque se desean, si no se dan no cierran el paso a aplicar el comiso, como sí sucedería si se les califica de *fines*. Siguiendo a Gracia Martín, niega que la naturaleza sancionadora del comiso se pueda basar en argumentos tales como que está previsto en la ley penal; que es impuesto por un tribunal penal; que priva derechos de importante entidad y que tenga finalidades preventivas. Añade además que no se puede considerar consecuencia de una pena, pues desde la LO 15/2003 también cabe en otras hipótesis, lo que a su vez invalida a quienes le atribuyen finalidades preventivas vinculadas con la supuesta imposición de una pena. Por último, estima que la finalidad preventiva del comiso de ganancias es una prevención de aseguramiento frente a las cosas (ganancias) y no una persuasoria de voluntades, como sí sucede con la prevención penal. [361] A pesar de su afinidad con las ideas de Gracia Martín, se aparta de éste en cuanto a que el comiso de ganancias es una medida de naturaleza civil. Según Vizueta Fernández, el hecho de que el destinatario de las ganancias sea el Estado, con independencia de los casos en que deben destinarse al pago de las responsabilidades civiles, hace de esta figura una medida de carácter público, una concreción del principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto, recogida en el ámbito penal para un caso particular, a saber, aquel en el cual

[357] BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno.* Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 96-98.
[358] BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, ibídem,* p. 99.
[359] También considera el comiso una consecuencia de carácter penal el profesor de Derecho civil YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996, p. 430.
[360] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, op. cit.,* p. 166.
[361] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, ibídem,* pp. 167-168.

se realiza una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso y en relación con el cual se ha dispuesto que el destinatario de las ganancias sea el Estado. En síntesis, define el comiso como *"una medida jurídico-pública de restitución o reintegración de toda ganancia que encuentre su principal razón de ser en la realización antijurídica de un delito o falta doloso."*[362]

Comparto la perspectiva de Vizueta Fernández en el sentido de que la acción de enriquecimiento injusto que se prevé en el Derecho civil no se puede identificar con el comiso. Por los motivos que expuse líneas atrás, entiendo que son institutos jurídicos diferentes a pesar de estar unidos por un deseo común, cual es impedir el enriquecimiento que tiene un origen irregular. De la misma forma, el hecho de que las ganancias no sean intrínsecamente peligrosas y que por ende, no se pueda argumentar en relación con su comiso, o no como motivo principal, la búsqueda de efectos preventivos especiales, entendidos como la evitación de nuevas infracciones penales (ya que llegaríamos al absurdo de tener que devolver las ganancias de la infracción cuando no haya riesgo de que se empleen en la comisión de nuevos hechos de esa clase), no cabe desconocer los propósitos preventivos que persigue el instituto (tal y como lo hacen Gracia Martín y Borja Mapelli Caffarena). El hecho de que el objeto no sea peligroso, no significa que al imponerse la medida no puedan satisfacerse necesidades de prevención general y especial, aunque sea de manera secundaria, sobre todo de cara a fenómenos como la criminalidad organizada.

Aguado Correa, por su parte, niega que el comiso de ganancias sea una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial que busque impedir el lucro ilícito. Para ella esta creencia, que es la tradicional en la doctrina española (siguiendo sobre todo a Manzanares Samaniego, que a su vez se posiciona con la mayoría de la doctrina alemana), no tiene en cuenta que el comiso de ganancias en Alemania tiene un carácter subsidiario frente a las pretensiones civiles, lo que no sucede en el Código penal español. Además apunta Aguado Correa, Manzanares Samaniego reconoció que la noción del lucro ilícito y la ausencia de peligrosidad de las ganancias le concedían la ventaja de poder ubicar este comiso en el cajón de sastre que constituían las medidas *sui generis*.[363]

La autora critica también a quienes consideran este comiso como una medida de Derecho civil tendiente a impedir el enriquecimiento injusto (Gracia Martín), o a quienes le califican de medida próxima a la responsabilidad civil (Mapelli Caffarena). Cree que el comiso de ganancias sí tiene una finalidad preventiva tanto general como especial, predominando esta última pues se busca evitar que las ganancias sean utilizadas para cometer un nuevo delito. A mayor abundamiento, al imponerse unido a la pena, el comiso obtiene un mayor efecto intimidatorio. Finalmente, si bien el comiso cumple una función compensatoria/restitutoria, ello no supone un problema, pues nada impide añadir a la función preventiva propia del Derecho penal la de reequilibrio que es propia del mecanismo restitutorio. Es decir, Aguado Correa

[362] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, ibídem,* pp. 170-171.
[363] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 78.

cree que, tratándose de los fines del comiso de ganancias, hay que asumir una postura dualista, lo que en modo alguno desvirtúa su naturaleza penal.[364]

Vamos a analizar estos argumentos. En primer término, es importante acotar que si bien Manzanares Samaniego fundamentó en la idea de lucro ilícito la denominación que dio al comiso de ganancias como *medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial,* nunca concluyó que este comiso fuese una medida propia del Derecho civil, limitándose a señalar que se trataba (al igual que el comiso de instrumentos y productos) de una medida *sui generis* frente a las penas y las medidas de seguridad. La mayoría de publicaciones de Manzanares Samaniego en relación con este tema estaban referidas a una legislación penal en la cual el comiso era considerado pena o medida de seguridad y el comiso de ganancias no estaba previsto, o lo estaba muy excepcionalmente (solo para el cohecho, p. ej.). Lo que Manzanares Samaniego buscaba demostrar con la mayoría de sus trabajos, era que el comiso no debía ser considerado pena o medida de seguridad y que era necesario incorporar en la legislación, como regla general, el comiso de las ganancias, sin detenerse en la discusión que ahora se suscita, sobre si el instituto en cuestión es o no una medida civil, o cercana al ámbito civil. Tan es así que en relación con este extremo solo ha elaborado unas brevísimas referencias.[365]

Si bien el comiso en la legislación española no es subsidiario a las pretensiones civiles como sucede en Alemania, no se puede desconocer que el destino de lo decomisado sí está marcado por éstas, ya que se emplea para cubrir las obligaciones civiles. El art. 127 apartado 5 señala que los bienes decomisados se venderán si son de lícito comercio y su producto se destinará a cubrir las responsabilidades civiles del penado, salvo que la ley prevea algo diverso. Ahora bien, ciertamente, esta disposición cuya razón de ser es utilitaria,[366] no permite atribuir una naturaleza jurídica civil a la medida, ya que el grado de responsabilidad civil que tiene el autor o partícipe en el hecho no se considera para decidir sobre el comiso, es decir, la imposición de este último no depende de cuestiones civiles.

Curiosamente Aguado Correa, pese a estar en desacuerdo con la denominación expuesta (medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial), reconoce que además de una función preventiva tanto general como especial, el comiso de

[364] AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem*, pp. 78-81.

[365] Tras una revisión exhaustiva de las obras de Manzanares Samaniego, extraigo pocas menciones al tema del comiso como medida de Derecho civil. En concreto, en una obra del año 1977 dice que la noción del lucro ilícito es llevada a sus últimas consecuencias en el Proyecto del Código penal latinoamericano, al considerar el comiso dentro del acápite destinado a regular la responsabilidad civil del delito. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 39. Aunque en el mismo trabajo (en concreto, a p. 33) cita a Quintano Ripollés, autor que en una obra del año 1996 señaló que el comiso no es ni pena ni medida de seguridad, sino una consecuencia civil y procesal del delito, él no hace suyas esas palabras. De esta forma, concluyo que el discurso de Manzanares Samaniego se centró en demostrar que el comiso debía recibir un tratamiento diferente al de las penas y las medidas de seguridad, por ser una medida *sui generis*, sin que llegase a concluir que fuese una medida del ámbito civil.

[366] Así, GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 951.

ganancias tiene una función restitutoria/compensatoria[367] y que tratándose de la criminalidad organizada *se pretende evitar el enriquecimiento*, así como el peligro que representa para la sociedad la utilización de dichas ganancias en la destrucción del sistema económico y la estructura política del país.[368] Nótese cómo, aunque marca una distancia con Manzanares Samaniego (lo que al menos desde mi óptica es más palpable en el ámbito de las finalidades preventivas que la autora atribuye al comiso de las ganancias y que Manzanares Samaniego no menciona, pues éste como punto de partida considera que las ganancias no son peligrosas), termina por reconocer que el instituto, entre otros propósitos, busca acabar con el enriquecimiento producido por la infracción, lo que estimo no es contrario a lo que plantea Manzanares Samaniego, al menos no en lo medular. Inclusive, sin llegar a considerar que el comiso de ganancias tiene naturaleza civil, le reconoce una *fuerte impronta civilista,*[369] lo que la acerca a los autores que tanto critica. Cabe reiterar, donde sí se aprecia una diferencia es en el ámbito de las finalidades preventivas del comiso, pues como ya apunté, Manzanares Samaniego, Gracia Martín y Borja Mapelli Caffarena no le reconocen al comiso de ganancias tal propósito.

En el plano jurisprudencial el tema no ha sido examinado profundamente. En la sentencia N° 867/2002 de 29 de julio que resolvió el caso Banesto, el Tribunal Supremo estimó que el comiso busca evitar *"que los condenados, se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita."* Para el TS, el fundamento del comiso de ganancias y su orientación teleológica es el mismo que de forma unánime le otorga la doctrina (hay un enriquecimiento irregular y es necesario suprimirlo). Sin exponer sus motivos, en esa misma sentencia señaló que el comiso se puede *"enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil ex delito, que de la responsabilidad penal"*. Finalmente, aclaró que aunque la figura puede tener alguna relación con la responsabilidad civil derivada del delito, no tiene idéntica naturaleza a ésta.

Las dudas que puedan surgir sobre la posición del TS, quedan aclaradas en la sentencia N° 450/2007 de 30 de mayo, en la cual señaló expresamente que el comiso es algo distinto a la responsabilidad civil ex delito, pues ésta es *"…una cuestión de naturaleza estrictamente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición."* Esta postura se reitera en otras resoluciones, donde se habla del comiso de ganancias como consecuencia punitiva.[370]

Hechas las anteriores consideraciones, procedo a tomar postura. Concuerdo con Manzanares Samaniego, Gracia Martín, Vizueta Fernández y los demás autores que niegan a las ganancias su peligrosidad. El fundamento de su comiso no se asocia

[367] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 80.
[368] AGUADO CORREA, *EL comiso, ibídem*, p. 69.
[369] Según ella, que le permite al comiso soslayar el obstáculo del principio de personalidad. AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem*, p. 81.
[370] Vid., p. ej., N° 483/2007 de 4 de junio.

a esa circunstancia, sino al hecho de haber tenido lugar un enriquecimiento que se tacha de injusto, por originarse en una conducta que como mínimo, es típica y antijurídica. Acabar con ese enriquecimiento, por tanto, es el objetivo principal de la medida, lo que no excluye como bien señala Vizueta Fernández, que de manera accesoria o secundaria se puedan alcanzar *efectos* preventivos, entiéndase de prevención general, dándole el mensaje a la sociedad de que el crimen no paga y de prevención especial, pues además de enviar ese mismo mensaje al condenado (si es que lo hay), se logra evitar que las ganancias sean empleadas para cometer nuevas infracciones, propósitos que adquieren mayor importancia de cara a la criminalidad organizada por la forma en que ésta afecta la institucionalidad democrática de un país. Son efectos que se pueden dar o no en el caso concreto y que no condicionan la aplicación del comiso (como sí sucede si se les considera fines),[371] pues p. ej., difícilmente podrá predicarse algún fin preventivo especial cuando el comiso de ganancias afecta al autor de una infracción típica y antijurídica que no ha sido condenado (y por eso la única consecuencia de su acción será perder las ganancias obtenidas, con lo cual la fortaleza del mensaje que recibe es poca); o cuando afecta a un tercero que siendo de buena fe y no responsable de la infracción ha obtenido el bien de manera ilegal; o en ambos casos, cuando las ganancias no se pretendían emplear para cometer nuevas infracciones. En resumen, si bien los efectos preventivos pueden darse, esto no es indispensable, pues el fundamento y la orientación teleológica básica del comiso de ganancias es otra: el lucro injusto y la necesidad de evitarlo. Basta con demostrar que la infracción ha producido ganancias y que esas ganancias son para su titular un beneficio injusto. Aunado a esto, debo reiterar que los efectos preventivos que se puedan alcanzar no se corresponden con los propios de las penas, pues el comiso no tiene finalidades punitivas como sí sucede con éstas.[372] No interesa sancionar al condenado por haber cometido un delito (puede que éste ni siquiera se configure, bastando con que se dé una situación patrimonial ilícita), o resocializarlo. No hace falta siquiera que el autor o partícipe del hecho sea el titular de las ganancias. Sencillamente se busca privar al titular (sea el autor o partícipe del hecho, o un tercero bajo ciertas circunstancias), de los beneficios obtenidos con la infracción. Así, las ganancias deben considerarse siempre decomisables, salvo que se de alguno de los supuestos en los que el legislador, atendiendo a otros criterios, decida excepcionar dicho comiso (p.ej., en relación con terceros de buena fe no responsables del delito, que han adquirido el bien legalmente).

---

371 Es precisamente por esto que hablo de efectos y no de fines. Como admite Mapelli Caffarena, los efectos preventivos tratándose del comiso de ganancias, son siempre efectos colaterales. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 415.

372 Según Mir Puig, el comiso no encajaba bien con la denominación de pena pues *"su finalidad no es punitiva, esto es, imponer un mal que sea sentido como tal y con alguna de las finalidades que pueden darse a una verdadera pena: retribución, prevención general o prevención especial. La finalidad del comiso no es más que privar al delincuente de los medios por lo que cometió el delito o de los efectos económicos del delito... Si la privación del arma con la que se cometió el delito es evidentemente preventiva, la privación de los beneficios obtenidos, además de tener la finalidad preventiva de suprimir el motivo del delito cuando es dicho beneficio, tiene también el sentido de eliminar una situación creada antijurídicamente y es coherente con el principio de que nadie ha de poder beneficiarse de su delito."* MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito.* Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2006, p. 424.

De la misma forma, entiendo que el art. 127 CP, al contemplar el comiso de las ganancias, lo que hace es incorporar en el ámbito penal el principio general del Derecho según el cual nadie se puede enriquecer injustificadamente en perjuicio de otro y que se reconoce en el ámbito civil para otras hipótesis. El art. 127 CP, aunque se inspira o presupone dicho principio, se impone a un presupuesto fáctico diferente al que se contempla en la vía civil, pues como ya dijimos, es el Estado y no un particular quien puede demandar la imposición del comiso; puede no haber un perjudicado; se requiere la comisión de un delito o falta, o como mínimo de un hecho típico y antijurídico según los cánones penales y es el aparato estatal y no un sujeto particular el destinatario de los bienes.

En suma, el fundamento del comiso se encuentra en la producción de un enriquecimiento que se estima irregular por proceder de un injusto (acción típica y antijurídica). Su finalidad es evitar ese enriquecimiento, lo que no excluye que con su aplicación puedan alcanzarse otros propósitos que ciertamente serán subsidiarios. Sin embargo, el hecho de que el comiso sea básicamente una medida de restitución o reintegración desprovista, al menos teóricamente, de un contenido sancionatorio, no excluye que su naturaleza jurídica sea la propia de una medida de Derecho público.

C. Naturaleza jurídica del comiso de efectos e instrumentos y del comiso de ganancias.

Expuesto el fundamento y la orientación teleológica del comiso según se imponga sobre efectos, instrumentos o ganancias, corresponde determinar la naturaleza jurídica del instituto, tarea no exenta de polémica y de medular importancia, pues muchas de las exigencias que se plantean en términos de derechos y garantías dependen de ese extremo.

1. Criterios en torno a este tema.

Son muchos autores los que consideran que el comiso, sea de efectos e instrumentos, o de ganancias, tiene naturaleza penal. P. ej., García-Pablos señala que el comiso se incorpora al arsenal punitivo del Estado; lo regula el Código Penal; presupone la comisión de un delito y se impone por los Jueces y los Tribunales de lo criminal.[373] A esto Luzón Peña agrega que es consecuencia del delito y que supone una privación de derechos de entidad considerable.[374] También lo consideran una medi-

[373] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.,* p. 146.
[374] LUZÓN PEÑA, *Curso de DPPG, op. cit.,* 2004, pp. 57-58.

da punitiva, Choclán Montalvo;[375] Bacigalupo Saggese,[376] Ayo Fernández;[377] Aguado Correa;[378] García Arán;[379] Zaragoza Aguado[380] y Núñez Fernández,[381] entre muchos otros.[382]

Sin embargo, no son muchos los autores que han examinado este tema distinguiendo entre el comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias. Ramón Ribas, p. ej., le atribuye a ambas modalidades una naturaleza penal, porque la medida está prevista en la normativa penal y es imponible por un Juez o Tribunal en un proceso criminal (lo que reconoce no es decisorio, pues dichos órganos pueden imponer consecuencias penales y no penales, p. ej., la responsabilidad civil), pero ante todo, porque la comisión y prevención del delito o falta constituyen el presupuesto y orientación del comiso, imprimiéndole un carácter penal (nace para prevenir la comisión de infracciones penales y tiene como presupuesto la comisión de una de esas infracciones). No obstante lo anterior, admite que se le puede conceder una fundamentación dual cuando se dirige contra las ganancias procedentes de la comisión de infracciones penales, lo que sin restarle su carácter penal, le otorga una naturaleza mixta, pues tiñe la figura con perfiles civiles.[383] En este sentido, señala que

---

375 CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 339; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 29; CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.,* p. 119.

376 BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal, op. cit.,* pp. 87-89.

377 AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.,* pp. 271-272. Para él, son *"...consecuencias jurídicas de la infracción penal que tienen un carácter marcadamente sancionatorio o penal y lo que pretenden es extender la eficacia de la pena."*

378 AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 502.

379 Para ella, *"la consideración de la proporcionalidad que establece el art. 128 CP, y el propio concepto de "pérdida", pueden atribuirle un genérico carácter sancionador que, teniendo como base la comisión de un delito, permite caracterizarlo como penal."* GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 951.

380 ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.*, p. 408.

381 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 970.

382 Véase p. ej., GUINARTE CABADA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.,* p. 657; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 4; MARTÍN PÉREZ, José Antonio. "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 19, Año 13, enero-diciembre 2005, p. 226; GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Los delitos de tráfico de drogas II. (Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales).* Barcelona, Bosch, 1999, p. 281-282; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?, op. cit.,* p. 589 y TAMARIT SUMALLA, "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, *et. ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.,* pp. 1163-1164. Para Tamarit Sumalla, las consecuencias accesorias son una tercera forma de sanción penal.

383 RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* pp. 662-663; RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a

quienes consideran como fundamento del comiso de ganancias el principio de no tolerancia de un enriquecimiento injusto, destacan su importante función político criminal en la persecución de la criminalidad organizada y en general, de toda delincuencia con matices económicos, así que no se puede negar que tiene una orientación preventiva.[384]

Aguado Correa por su parte, señala que el comiso (tanto de efectos e instrumentos, como el de ganancias) es de naturaleza penal, pues es impuesto por un órgano jurisdiccional penal, está previsto en una ley penal y tiene una función preventiva general y especial, finalidad esta última que no se corresponde con la que se plantea para las penas y las medidas de seguridad (dirigida a la reeducación y reinserción social), sino que consiste en una reformulación actualizada de la inocuización en los términos que plantea Mapelli Caffarena.[385] Tratándose del comiso de ganancias, concluye que es una medida penal, pues solo a través de esta rama del Derecho cabe articular la restitución de la ganancia como factor de prevención y punición de ciertas conductas, teniendo como destinatario al Estado y no al sujeto pasivo de la intromisión (como sucedería si la medida respondiese a otra rama del ordenamiento jurídico). Además de agregar que la doctrina civilista niega al comiso su carácter civil y que su ubicación sistemática también lo excluye (pues no está previsto dentro de las normas que regulan los aspectos civiles en el ámbito penal), apunta que el comiso de ganancias tiene una finalidad preventiva, tanto general como especial, predominando esta última, pues se busca evitar que las ganancias sean utilizadas para cometer un nuevo delito. Aunado a esto, al imponerse unido a la pena, el comiso obtiene un mayor efecto intimidatorio. Finalmente, si bien el comiso cumple una función compensatoria/restitutoria, ello no supone problema, pues nada impide añadir a la función preventiva propia del Derecho penal la de reequilibrio que es propia del mecanismo restitutorio. Es decir, Aguado Correa cree que tratándose de los fines del comiso de ganancias, hay que asumir una postura

---

consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 538-540. En esta última obra indica: *"A mi juicio, el comiso... posee naturaleza penal... Argumentos decisivos que apoyan esta posición son primero, la necesaria realización, de forma antijurídica -y, aun culpable-, de una conducta típica y, segundo, el carácter preventivo concedido mayoritariamente al comiso. La manifiesta conexión con el delito -o falta-, cuyas comisión y prevención constituyen, respectivamente, su presupuesto y orientación, imprimen, por tanto, carácter penal al comiso."* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, ibídem,* pp. 538-539. En una obra más reciente, señala que los argumentos que permiten sostener la naturaleza penal de las consecuencias accesorias son el que habiéndose cometido un delito o un hecho antijurídico, existe el peligro de que se cometan otros, persiguiéndose la evitación de nuevos delitos y más concretamente su favorecimiento. Así, RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, pp. 768-769. Véase también la p. 779 de la misma obra.

[384] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 539. Ramón Ribas se está refiriendo a Patricia Faraldo Cabana. Analizando la obra de esta autora, se concluye que en efecto, si bien apunta que el comiso de las ganancias tiene como fundamento el enriquecimiento injusto o el mantenimiento de una situación patrimonial ilícita, agrega, parafraseando un texto de Naciones Unidas, que la necesidad de combatir el crimen organizado ha hecho que se considere el comiso como *"un arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial."* FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 253.

[385] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 41.

dualista, lo que en modo alguno desvirtúa su naturaleza penal.[386] En igual sentido, Gascón Inchausti opina que la naturaleza del comiso es penal y que su carácter sancionador se mantiene inalterado inclusive en el caso de que no se exigiese un proceso penal. Para él, esto bastaría para que sea necesario revestir la imposición de la medida de las garantías propias del proceso penal, pues éstas *"se extienden a todos los procedimientos sancionadores y que, en general, exige la tramitación de un genuino proceso penal para la imposición de todas las consecuencias sancionatorias -sean o no formalmente penas- que el Código Penal asocia a la comisión de una infracción punible."*[387] Según Gascón Inchausti, el contexto procedimental en que se dicta el decomiso, así como el carácter administrativo o judicial de la autoridad que lo resuelve, no es relevante para determinar su naturaleza jurídica. Lo medular es que el comiso se caracteriza por una privación de la titularidad sobre el bien vinculada con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, entendido éste como *"el conjunto de potestades que tienen atribuidos los poderes públicos para reaccionar ante la infracción por las personas físicas y jurídicas de los deberes que el propio poder público les ha impuesto. De este modo, debe reconocérsele un carácter primordialmente sancionador: el decomiso es concebido por los legisladores nacionales como una sanción o, si se quiere, como un castigo -tómese el término de forma atécnica y con todas la reservas-, que el Estado anuda a la comisión de una infracción de un deber o, si se prefiere, a la realización de una conducta prohibida por el propio Estado. Sólo así se explica que una misma medida pueda ser tanto jurisdiccional como administrativa, esto es, que pueda ser impuesta por jueces y por administraciones públicas: en efecto, cuando la infracción tiene el rango de delictiva, el comiso que se le asocia ha de ser adoptado también de forma necesaria por un tribunal, puesto que la represión del delito es exclusivamente jurisdiccional, en cambio si se trata de una infracción administrativa, podrá ser impuesto por la misma administración que tiene la potestad genérica de sancionarla."*[388] Este autor señala que el decomiso tiene una naturaleza sancionadora, lo que le hace estar sujeta a las garantías propias de esta clase de medidas y añade que esto no significa que no se pueda admitir que tiene otras connotaciones. V.g., el que se prevea en ciertos casos la posibilidad de que el producto del comiso sea utilizado para cubrir las responsabilidades civiles del penado, implica una finalidad reparadora, más propia de una figura de naturaleza jurídico-privada que sancionadora y que le acerca más al embargo de bienes. No obstante, recalca, algo así no tiene la virtud de mutar su naturaleza sancionadora, pues esta posibilidad solo cabe en caso de insolvencia del penado, a diferencia de lo que es habitual en el ámbito civil.[389]

---

386 AGUADO CORREA, *El comiso, ibídem*, pp. 78-81.

387 GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 83; GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 588.

388 GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 30-31. Léase también GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 588.

389 *"No creemos, sin embargo, que este destino reparador de los bienes decomisados tenga virtualidad suficiente para mutar la naturaleza sancionadora del decomiso: y es que, en rigor, este uso de los bienes decomisados -que ya son del Estado cuando se procede a su realización forzosa, a diferencia de lo*

Algunos autores le atribuyen al comiso de efectos e instrumentos un carácter penal y al de ganancias, civil. Octavio de Toledo y Ubieto, p. ej., considera que el comiso de instrumentos y efectos es una medida penal (porque está vinculado a un hecho penal antijurídico; porque se funda en la peligrosidad y porque cumple funciones preventivas) y que el comiso de ganancias es de naturaleza civil, semejante a la responsabilidad civil ex delito.[390] Éste también es el caso de Mapelli Caffarena. Para él, por su fin preventivo, solo el comiso de efectos e instrumentos tiene naturaleza penal. Se trata de un comiso que se dirige a objetos intrínsecamente peligrosos, o peligrosos en tanto están a disposición de alguien.[391] En relación con el comiso de ganancias, considera que está orientado a evitar un enriquecimiento injusto procedente del delito y que se trata de una figura más próxima a la de la responsabilidad civil, pues su gravedad depende de las ganancias (que son un elemento ajeno a la infracción) y sobre todo porque no responde a fines de prevención o retribución propios de un sistema penal.[392] En un sentido similar se expresa Blanco Cordero, aunque admite que el comiso de ganancias, además de corregir una situación patrimonial ilícita, tiene una función preventiva, al permitir enviar un mensaje de que el delito no es una actividad lucrativa.[393]

Como señalé hace algunas páginas, para Gracia Martín si bien el comiso es aplicable únicamente en la jurisdicción penal y siguiendo un procedimiento penal, tienen un supuesto de hecho ajeno a la culpabilidad o la peligrosidad del autor de la infracción, lo que lo diferencia de las demás consecuencias jurídicas del delito (pena y medida de seguridad). Aunque en términos generales este autor concluye que el comiso es una medida que no pertenece al Derecho penal, considera necesario examinar las características de cada clase de comiso para determinar su naturaleza jurídica. Señala que el comiso de instrumentos tiene una naturaleza policial y por

---

que es habitual en los casos de exacción de responsabilidades civiles- sólo debe plantearse cuando el condenado sea insolvente y no exista otra manera de hacer frente a la responsabilidad civil,; lo que subyace a esta decisión legislativa, por tanto, es la voluntad de reforzar la posición jurídica de la víctima, de modo que su derecho al cobro no se vea entorpecido por la imposición de una sanción pública…" GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 32. Sobre esto, léase también GASCÓN INCHAUSTI, "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU; et ál., *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro, op. cit.,* p. 213.

390 A pesar de lo anterior, el autor señala que al igual que sucede con la responsabilidad civil, el comiso de ganancias no debe ser excluido del ámbito de estudio del Derecho penal, ni se deben olvidar los *"obvios efectos preventivos que pueden producir."* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 4.

391 Para Mapelli Caffarena, *"…estamos ante una reformulación actualizada de la inocuización. Se trata del desarrollo de la prevención situacional (o prevención natural) que propone como estrategia de lucha contra el delito la evitación de aquellas situaciones que son propicias al mismo, tales como el fácil acceso a instrumentos que con anterioridad han sido utilizados para otros delitos. Este es el caso y el fundamento preventivo del comiso."* En resumen, este comiso es penal pues es una medida que se basa en razones de prevención criminal. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* pp. 50-51.

392 MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, ibídem,* p. 50. En una obra más reciente, indicó que el comiso de ganancias es una sanción que tiene su fundamento en evitar enriquecimientos injustos, algo muy alejado del Derecho penal. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 415.

393 BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* pp. 64-65.

ende administrativa, ya que se fundamenta en la peligrosidad objetiva del bien y que su finalidad, resguardar el ordenamiento jurídico frente a los peligros, es una actividad claramente policial. En relación con el comiso de las ganancias, Gracia Martín señala que su objeto (la ganancia o provecho económico) no es peligroso intrínsecamente. Sostiene que la naturaleza jurídica de esta medida es civil, pues se fundamenta en la existencia de una situación patrimonial ilícita y el juicio de no tolerancia de la misma. El propósito, en este caso, es restituir la situación a una que se ajuste con el ordenamiento jurídico de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios.[394]

Manzanares Samaniego, el autor que más ha escrito sobre esta materia en España, concluyó que el comiso de los instrumentos y productos del delito es una medida *sui generis*, cuya imposición debe limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa. Inicialmente, si la peligrosidad del bien es absoluta, habrá coincidencia objetiva con lo que será materia de comiso predelictual, o siguiendo a Stooss, se tratará de un comiso policial acordado por los tribunales penales. Situación diversa se da con el comiso del provecho económico conseguido por medio del delito. Al no existir peligrosidad en el objeto, se debe atribuir a este comiso la naturaleza de una *medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial*, consideración inspirada en el lucro ilícito.[395] En una obra posterior y en la cual examina el comiso como consecuencia accesoria, Manzanares Samaniego le atribuyó al comiso un carácter *cuasi penal*, sobre todo por su dependencia de la pena principal.[396]

---

394 *"Así, por ejemplo, fundamento de la consecuencia de la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito es únicamente la situación patrimonial ilícita que se ha producido y el juicio de no tolerancia de la misma; la finalidad específica de la privación de dichas ganancias es la restitución objetiva de la situación ajustada al orden jurídico objetivo de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios. Su naturaleza jurídica específica no es penal, sino exclusivamente civil. La medida de comiso de los instrumentos del delito se fundamenta exclusivamente en la peligrosidad objetiva de la cosa, es decir: de los instrumentos mismos de comisión del hecho, basada en la probabilidad de que la libertad de disposición de tales objetos proporcionará ocasión para la comisión de nuevos hechos delictivos por el mismo autor o por otros sirviéndose de aquél instrumento, y su finalidad es una propia de la actividad de policía de aseguramiento del ordenamiento jurídico frente a peligros. Su naturaleza jurídica, pues, no es punitiva sino meramente policial, y, por tanto, pertenecerá al Derecho administrativo."* GRACIA MARTÍN; et ál., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 37. Véase también GRACIA MARTÍN; *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 452. Creen también que el comiso de ganancias es una medida de Derecho civil, JORGE BARREIRO, "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *AP, op. cit.,* p. 511; OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Capítulo 32. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I)." En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial.* Madrid, Dykinson, 2011, p. 706.

395 MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 39-40. Vid. asimismo, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 617 (sobre el comiso de instrumentos y productos como medida *sui generis* que ha de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa) y p. 620 (sobre el comiso de las ganancias como medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial).

396 *"La nueva rúbrica de las "consecuencias accesorias" en el texto español de 1995 no impide atribuir al comiso español de los instrumentos y productos del delito un carácter cuasipenal, aunque se someta al principio de proporcionalidad... y no al de culpabilidad. En todo caso, se mantiene su dependencia de una pena principal, lo que significa que nunca habrá comiso en sentencia absolutoria, con indepen-*

La doctrina española ha asumido la idea de que Manzanares Samaniego atribuyó al comiso de ganancias una naturaleza civil.[397] No comparto esta postura. En realidad él, basándose en las ideas de Maurach, solo etiquetó la figura jurídica como una *medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial*.[398] Maurach a su vez, tampoco concluye que el comiso de ganancias fuese una medida de naturaleza civil.[399] En realidad, este autor señala que si el infractor actuó culpablemente y se benefició con su hecho, la confiscación tiene un carácter punitivo. Igual sucede cuando el tercero afectado por la confiscación ha intervenido en los términos que señala la legislación alemana, a saber, ofreciendo la ventaja patrimonial para que se cometiera el hecho, o teniendo conocimiento de las circunstancias de éste. Para los casos en que el sujeto no actúa culpablemente, o lo hizo en lugar de otro y la ventaja es percibida por éste último, Maurach entiende que la confiscación de las ganancias no se puede considerar una medida preventiva, sino una medida de *naturaleza dudosa*, dirigida a impedir la tolerancia de una situación patrimonial antijurídica por parte del Estado y que tiene *algún parecido* con el enriquecimiento injustificado del Derecho civil.[400] Nótese cómo nunca llega a sostener que el comiso de ganancias o la confiscación sea una medida de Derecho civil, sino únicamente que tiene *un parecido* con la figura ya mencionada. Del mismo modo, Manzanares Samaniego señala que esa

---

dencia de la atipicidad de los hechos o de la concurrencia de una causa de justificación, de una falta de capacidad de culpabilidad, de una causa de inculpabilidad o incluso, de una excusa absolutoria…" MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524.

[397] Vid. p. ej., GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 569.

[398] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 39; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 924 y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE de 26 del mismo mes)." En: *Boletín del Ministerio de Justicia.* N° 1500, 1501 y 1502, 5 de septiembre de 1988, p. 3799 (ISSN 1989-4767). Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es.

[399] MAURACH, Reinhart. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 4., völling neu bearbeitete Auflage, p. 817: *"Wenn (Regelfall) der Täter schuldhaft gehandelt hatte und selbst durch seine Tat bereichert war (§73 Abs. 1), so trägt der Verfall überwiegend Strafcharakter. Das gleiche gilt, wenn sich der Verfall gegen einen Dritten richtet, der den Vermögensvorteil für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat (§73 Abs. 4). Dagegen entfällt der Strafcharakter, wenn der Täter nicht schuldhaft oder für einen anderen gehandelt hatte (§73 Abs. 3). In diesen Fällen könnte das Wesen des Verfalles zweifelhaft sein. Als Worbeugungsmaßregel kann er nicht gelten. Er wird vielmehr als Maßnahme der Nichttolerierung einer rechtswidrigen Vermögenslage durch den Staat zu behandeln sein."*

[400] *"Si el autor actuó culpablemente (regla general) y se ha enriquecido mediante su propio hecho (§ 73, inc. 1°), la confiscación de los provechos ilícitos tiene un carácter eminentemente punitivo. Lo mismo rige cuando la confiscación de los provechos ilícitos se dirige contra un tercero que ha ofrecido la ventaja patrimonial, sea para la comisión del hecho o bien estando en conocimiento de las circunstancias de hecho (§ 73, inc. 4°). Al contrario, dicho carácter punitivo desaparece cuando el autor no ha actuado culpablemente o lo ha hecho en lugar de otro (§ 14) y la ventaja patrimonial haya sido percibida por este último (§ 73, inc. 3°). En tales casos, la esencia de la confiscación de los provechos ilícitos podría ser dudosa. No se la puede considerar como una medida preventiva. Más bien debería ser tratada como una medida que impida la tolerancia de una situación patrimonial antijurídica por parte del Estado… la "consecuencia de carácter especial que surge del ilícito penal y que manifiesta un cierto parecido con el enriquecimiento injustificado del derecho civil"*). MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho.* Actualizada por GÖSSEL, Karl-Heinz; ZIPF, Heinz. Traducción de la 7° edición alemana, realizada por BOFILL GENZSCH, Jorge. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 677.

posición (hablar del comiso de ganancias como una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial), *"…tiene la ventaja secundaria de poder situar también dicha variedad de confiscación en el cajón de sastre de las medidas "sui generis"."*[401] En suma, la pretensión de Manzanares Samaniego era evidenciar la necesidad de distinguir el comiso de otras consecuencias del delito (en concreto, de la pena y la medida de seguridad), así como la necesidad de incorporar el comiso de ganancias en la regulación general, propósitos que en buena parte se alcanzaron una vez que entró en vigor el CP de 1995.

Finalmente, algunos entienden que el comiso de efectos e instrumentos, o también llamado comiso de seguridad, es una medida policial y que el comiso de ganancias es una medida penal. Así p. ej., Ocaña Rodríguez cree que el comiso de efectos e instrumentos es una medida referida a bienes peligrosos para la colectividad, que solo de manera restringida pueden circular o ser objeto de posesión o detentación. También se aplica a los bienes que pueden servir para cometer otras infracciones en el futuro. Para este autor, estamos ante una medida de seguridad policial confiada a los tribunales penales, que solo sería procedente ante la antijuricidad de un hecho típico, sin distinción entre responsable del hecho o tercero, sea de buena o mala fe y que puede no estar contemplada en una Ley Orgánica. Ya en lo relacionado con el comiso de las ganancias, cree que se funda en el principio de que nadie se puede enriquecer a costa de hechos típicamente antijurídicos y de que se deben prevenir las nuevas infracciones que son facilitadas con esas ganancias. Para Ocaña Rodríguez esta clase de comiso, referido a bienes que no son en sí mismos peligrosos, se debe equiparar el comiso de los instrumentos del delito que tienen esa particularidad, es decir, que no son peligrosos *per se* (por ejemplo, vehículos, buques, aeronaves, etcétera) y que a pesar de que pueden haber sido objeto de adquisición o posesión lícita, facilitan la comisión de nuevas infracciones si permanecen en manos del responsable de los hechos, o las de sus compañeros.[402] Sobre la confiscación de ganancias, apunta que si bien no es una pena ni una medida de seguridad (pues no aparece en los catálogos de penas o medidas de seguridad y no siempre se funda en la culpabilidad penal al poder ser impuesta a terceros), es una clara sanción penal (pues está descrita en la ley penal y debe ser impuesta por un órgano judicial), que tiene un fuerte componente civil: *"… a mi modo de ver estamos ante una sanción penal sui generis, que tiene una finalidad preventiva pero no resocializadora, pues presenta al mismo tiempo un fuerte componente de sanción civil. Si bien esta sanción, en cuanto penal, está sujeta al principio de legalidad y también al de proporcionalidad (ex art. 25, pero también art. 33 de la CE), ello no implica que tenga que estar ligada siempre al principio de culpabilidad penal, bastando la culpa civil al poder afectar incluso a terceros adquirentes de mal fe no responsables del delito. También puede cumplir de modo complementario e indirecto fines de restitución y de pago de las responsabilidades civiles. Precisamente por este componente de sanción civil, puede cuando menos mitigarse la carga de la prueba en aras de la mayor facilidad en su aportación. De todos*

[401] MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 925.
[402] OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.,* pp. 74-75.

modos las garantías de todo proceso, penal y civil (principios de audiencia y contradicción) afectan y deben afectar al comiso…"[403]

La jurisprudencia habla del comiso como una sanción.[404] Del comiso de efectos e instrumentos, como una medida relacionada con el derecho sancionador[405] y del comiso de ganancias, como una consecuencia punitiva, consistente en *"la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito."*[406] Lo que sí se pueden apreciar son algunas sentencias del TS que erróneamente hablan de la *pena de comiso,*[407] a pesar de que el Código Penal no les concede ese carácter.

2. Toma de posición.

El comiso es una consecuencia jurídica prevista en la legislación penal, que se asocia a la imposición de una pena o a la configuración de una conducta que como mínimo, es típica y antijurídica según los cánones penales. Del mismo modo, son los órganos jurisdiccionales penales y no otros los que a través de una sentencia (penal) imponen dicha medida. A pesar de la trascendencia de todas estas circunstancias, como las mismas son comunes a algunas consecuencias jurídicas que tienen otra naturaleza, p. ej., la responsabilidad civil del delito (lo que es comprensible, ya que en la resolución de un caso que involucra conductas delictivas también pueden intervenir otros sectores del ordenamiento jurídico[408]), se requieren argumentos adicionales para atribuir al comiso una naturaleza penal.

A continuación voy a descartar algunos de los razonamientos que se ofrecen con ese propósito. Luego expondré los que según mi entender, permiten concluir que el comiso es una medida penal.

---

[403] OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, ibídem,* p. 75.

[404] *"Ciertamente el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad. Siendo muchas las resoluciones judiciales que desestiman el comiso de efectos por no estar relacionados con el delito, o no guardar la debida proporcionalidad con la infracción enjuiciada."* STS N° 1528/2002 de 20 septiembre.

[405] P. ej., en la STS N° 56/1997 de 20 enero.

[406] Véanse las SSTS N° 16/2009 de 27 enero y N° 1044/2011 de 11 octubre, a modo de ejemplo.

[407] V.g., SSTS N° 883/2004 de 9 julio y 686/2009 de 18 junio.

[408] *"Es posible, y frecuente, no obstante, que una pluralidad de supuestos de hecho compartan -parcial o totalmente- las mismas circunstancias fácticas de un mismo suceso. En estos casos, sin embargo, unas mismas circunstancias adquieren sentidos diferentes en función del valor propio y específico que reciben a partir de su inserción en supuestos de hecho con significado independiente. Como ha destacado Hirsch, "la comprensión jurídico-penal de un caso representa únicamente un corte de su desarrollo jurídico. Para el dominio jurídico completo aún pueden jugar un papel otros varios sectores del ordenamiento jurídico: por ejemplo, además del Derecho de daños, el Derecho de seguros y el Derecho administrativo. Cada uno de estos sectores jurídicos" -concluye Hirsch- "se ocupa, con una función diferente, en la atribución de las consecuencias que surgen de la infracción jurídica."* Véase GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 33.

Como se desprende de la exposición que hice *supra*, muchos autores que equiparan el ámbito de lo penal con lo sancionatorio, consideran que el comiso tiene esa naturaleza, pues además de las razones mencionadas, el instituto supone una restricción o privación de bienes y derechos del afectado. No comparto esta opinión, pues desconoce que hay restricciones o privaciones de derechos que no son sanciones y que pueden articularse en el mismo proceso penal (p. ej., la medida de prisión provisional);[409] o en otras ramas del ordenamiento jurídico. La doctrina administrativista por ejemplo, distingue entre la sanción, entendida como "*… mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal*"[410] y otras medidas que a pesar de implicar restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas de los administrados no tienen ese carácter.[411] V.g, el desalojo de una propiedad que ha sido expropiada, o la demolición de una finca que ha sido declarada ruinosa; la carga policial frente a un tumulto callejero, o la defensa policial de un inmueble afectado al servicio público.[412] Se trata de medidas que no tienen que ver con lo sancionador y que por eso están exentas de los principios del Derecho sancionador. En suma, se puede descartar que ese argumento (la restricción o privación de derechos), tenga la virtud de atribuir al comiso una naturaleza penal, pues esa circunstancia ni es exclusiva de la vía penal, ni de las medidas sancionatorias en general.

Para otros el comiso es de naturaleza penal porque tiene fines preventivos. Tampoco comparto este argumento, pues a diferencia de lo que sucede con el comiso de efectos e instrumentos (donde la atención se centra en la cosa, sea en su peligrosidad intrínseca, o en su peligrosidad en relación con una persona en particular que también puede ser un tercero), la prevención que se asocia a las consecuencias jurídicas punitivas o sancionatorias (las penas o medidas de seguridad), gira alrededor del autor o partícipe de la infracción y se dirige a intervenir su voluntad. Tratándose del comiso de ganancias, lo que se pretende es acabar con un enriquecimiento que se tacha de injusto (esté en manos de quien esté, sea del autor de la

[409] Artículo 502, siguientes y concordantes de la LECrim.

[410] Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 10° edición, 2006, p. 165.

[411] García de Enterría y Ramón Fernández sistematizan los supuestos de incidencia de la actuación administrativa sobre las situaciones jurídicas activas de los administrados de la siguiente manera: sacrificios de situaciones de mero interés; limitaciones de derechos; delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos; potestades ablatorias (reales y entre ellas las expropiaciones); prestaciones forzosas (personales y reales, entre ellas las tributarias); la imposición de deberes y por último las sanciones. GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, ibídem,* Tomo II, p. 106. Como se ve, las sanciones administrativas constituyen una categoría independiente de otras medidas que también lesionan los derechos del administrado.

[412] Estos ejemplos de manifestaciones de la coacción administrativa son citados por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo.* Madrid, Civitas Ediciones, S.L., Tomo I, Reimpresión de la 10° edición, 2001, pp. 765, 771. Igualmente, Rodríguez Fernández menciona como ejemplo de medidas de compulsión administrativa sobre las personas, el desalojo coactivo en caso de ocupación de edificios y vías públicas. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. "Detenciones no procedimentales penales. Retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas." En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.). *La instrucción del sumario y las diligencias previas. Cuadernos de Derecho Judicial.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 314.

infracción o de un tercero). Como indiqué en páginas precedentes, no se puede negar que la medida (tanto el comiso de efectos e instrumentos, como el de ganancias), *puede producir efectos preventivos* en los mismos términos que las tradicionales consecuencias jurídico penales, p. ej., impedir al autor de una infracción cometer un nuevo hecho con el objeto peligroso, o enviar el mensaje de que la criminalidad no paga, sin embargo, se trata de *efectos secundarios,* cuya consecución no condiciona la procedencia del comiso, como si sucede tratándose de las penas y las medidas de seguridad.[413] Finalmente, concluir que el comiso tiene carácter punitivo porque persigue determinados fines, comporta desconocer que el elemento fundamental de la medida sancionatoria es su condición de castigo y no los fines que persiga ese castigo. La pena de prisión, p. ej., constituye un mal, situación que no cambia porque esa punición se oriente a la persecución de diversos fines (prevención general, especial -consagrada constitucionalmente en España-, o la misma retribución, todos fines cuya importancia varía según sea el autor que los examine).[414]

A continuación voy a exponer los motivos por los cuales considero que el comiso es una medida penal. Primero, voy a ubicar el comiso (tanto de efectos e instrumentos, como el de ganancias), en un plano general. Voy a señalar por qué considero que son medidas de Derecho público y no de Derecho civil. Luego, me referiré al carácter sancionador del instituto (desde dos perspectivas, una teórica o de *lege ferenda* y otra de *lege lata*) y por último, a su incardinación en el ordenamiento jurídico penal.

El comiso como medida de Derecho público:

El comiso tiene lugar por el ejercicio del poder estatal en la persecución de las infracciones. El Estado despoja al autor o partícipe de una infracción (o inclusive a un tercero), de los bienes que han sido tachados como efectos, instrumentos o ganancias de la infracción. Hablamos de una transferencia coactiva, en la que el titu-

[413] De ahí que autores como Vizueta Fernández hablen de efectos y no de fines, para diferenciarlos de los fines de la pena y las medidas de seguridad.

[414] Claus Roxin p. ej., tras describir las teorías de la retribución, la prevención especial y la general, así como la teoría unificadora, hace su propuesta (concepción dialéctica). Para él, cada una de las teorías pone su acento en alguna de las tres formas en que el Derecho penal se enfrenta al individuo: amenazándolo con, imponiendo y ejecutando las penas: *"Cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho penal -la teoría preventivo especial a la ejecución, la idea de retribución a la sentencia, y la concepción preventivo-general al fin de las conminaciones penales..."* ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal.* Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid, Reus, S.A., 1976, p. 20. En la misma obra señala: *"La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiaridad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y, como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan a la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto." Ibídem*, p. 34.

lar del derecho pierde la facultad de disponer y el Estado la adquiere forzosamente, sin tener que indemnizar al primero (al menos así es en la legislación española). Se articula una relación desigual entre el poder público dotado de *imperium* y el ciudadano que está subordinado a ese poder,[415] entre los intereses de la colectividad y el interés particular y no una relación entre particulares, dirigida a la protección de sus intereses y en donde se puede disponer del ejercicio de la acción. La posición de supremacía que tiene el aparato estatal sobre el titular del bien a decomisar es todo lo contrario de la situación de igualdad jurídica que caracteriza al Derecho privado[416] y en particular al Derecho civil, conocido como el Derecho privado por excelencia.[417] Mientras que en éste, la ley es un marco general y priva la autonomía de la voluntad de las partes, en el ámbito del Derecho público se privilegia la defensa del interés común y por ese motivo el Estado no requiere el consentimiento del ciudadano para tomar decisiones y actuar. En contrapartida a este poder de corte un tanto autoritario -uso este término de manera atécnica-, la actividad estatal está sometida a férreos controles, entre los cuales destacan los principios de legalidad[418] y proporcionalidad.[419]

En suma, los comisos de efectos e instrumentos y de ganancias son medidas de Derecho público, que producen un coste para el responsable del hecho o el ter-

---

415 *"En términos generales, puede decirse que el Derecho público se caracteriza porque en él existe un ejercicio de poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares. El Derecho privado es aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal... Las relaciones de Derecho público con particulares se caracterizan porque en ellas existe una situación de desigualdad entre las partes... Por el contrario, en las relaciones de Derecho privado, todos intervienen como iguales, al menos jurídicamente."* LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 6° edición, 1990, p. 156.

416 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General.* Madrid, Editorial Tecnos, 7° edición, p. 43, 2011. Sobre las distinciones entre Derecho público y Derecho privado, véase AÑÓN, M.J. "Las ramas del ordenamiento jurídico." En: DE LUCAS, J. (Edit.). *Lecciones de introducción al Derecho.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 149-150, 160. Sobre el tema también apunta Roxin: *"Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho público. Si no obstante por lo general se divide la materia jurídica en los tres grandes campos del Derecho civil, el Derecho público y el Derecho penal, con ello se desmembra e independiza el Derecho penal del Derecho público en sentido estricto por razones tradicionales y por su especial significación; pero ello no cambia para nada su pertenencia sistemática al Derecho público en sentido amplio."* ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general.* Traducción de la 2° edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESA, Javier. Madrid, Civitas, Tomo I, 1997, p. 43.

417 *"El Derecho civil es el Derecho privado por excelencia... se presenta como la disciplina jurídica que tiene por objeto las normas que regulan las relaciones entre particulares considerados como personas en general y no con referencia a situaciones o actividades específicas que estén sometidas a otras ramas del Derecho. El Derecho civil se configura en la actualidad sobre dos ideas básicas: la de ser un Derecho privado "general", es decir, aplicable como fundamento de todas las otras ramas del Derecho privado, y la de ser un Derecho en cierto modo residual, porque entra en su esfera todo aquello que no le ha sido sustraído por otras ramas del Derecho privado, como el Derecho mercantil."* LATORRE, *Introducción al Derecho, op. cit.,* p. 176.

418 Vid. art. 103 CE. Sobre el sometimiento pleno de la Administración al Derecho, léase también SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General.* Madrid, Iustel, Tomo I, 2004, p. 78 y ss.

419 Sobre éste volveré en el próximo capítulo.

cero al que pertenece el bien, lo que ya vimos, no es exclusivo del ámbito sancionatorio.[420]

El comiso como medida punitiva o sancionatoria:

La sanción supone la imposición de un mal -privación o limitación de un derecho- a una persona como consecuencia de una conducta ilegal previa. La sanción, sea administrativa o penal, tiene un sustrato idéntico: la realización de una conducta ilegal, es decir, prohibida por el legislador que decide tutelar un bien jurídico a través de consecuencias aflictivas reguladas por uno u otro sistema.[421] Como señalan Sánchez Morón;[422] o Silva Forné, hay varios elementos que permiten distinguir la medida sancionatoria de otras clases de medidas, sin embargo, el más importante es la finalidad represora.[423] La sanción es represión, es imposición de consecuencias

[420] Según Wilfried Bottke, la confiscación de los instrumentos y productos de la infracción, así como su inutilización, son en parte productivas de costes (o en mis palabras, restrictivas de derechos). BOTTKE, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena". En: SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, op. cit.,* p. 46.

[421] SILVA FORNÉ, Diego. "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, p. 174.

[422] *"Conviene matizar, sin embargo, que no toda medida o acto de gravamen que la Administración puede adoptar como consecuencia de una vulneración del orden jurídico es una sanción administrativa. Muchas de estas medidas tienen por finalidad simplemente restaurar la legalidad infringida o reponer las cosas al estado previo a la infracción. Por ejemplo, la orden de demoler un edificio construido ilegalmente... Otras veces se trata de medidas que afectan a la eficacia de los títulos jurídicos otorgados por la propia Administración a los ciudadanos, eficacia que está condicionada a la correcta utilización de los mismos. Por ejemplo, la revocación de una licencia de actividad para un bar por no adoptar las medidas correctoras necesarias para evitar ruidos excesivos... Otros actos de gravamen deducen las consecuencias económicas o de otro tipo, legalmente previstas, de un incumplimiento, tales como la obligación de abonar intereses legales o recargos tributarios... En fin, puede tratarse de actos de ejecución forzosa, como es el caso de las multas coercitivas, o de simples medidas cautelares. Estas y otras medidas desfavorables a veces acompañan a la imposición de sanciones o son accesorias de ellas, pero no tienen por sí mismas carácter sancionador. Menos aún el resto de las medidas limitativas o de policía. Lo característico de las sanciones administrativas, como de las penales, es su naturaleza represiva de conductas ilícitas y no meramente reparadora o de ejecución."* SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General, op. cit.,* p. 678.

[423] "*El efecto aflictivo de la medida también es común, con matizaciones de acuerdo con el tipo de sanción impuesto. Sin embargo, no puede confundirse el ocasionamiento de un gravamen -tan amplio como la imposición de cualquier tipo de perjuicio o la pérdida de un beneficio- con la aplicación de una sanción. La amplitud dada por GARCÍA DE ENTERRÍA a la noción de sanción administrativa seguramente obedece al propósito de establecer estrictos límites a la actividad estatal, con un loable propósito garantista; pero ello no puede llevar a crear conceptos tan laxos (téngase presente que un mero incumplimiento contractual puede llegar a calificarse de «ilegal») que puedan dar cabida a una gran variedad de actos administrativos con efectos desfavorables para alguien. Por tal motivo, es imprescindible la concurrencia de la finalidad represora a que alude SUAY RINCÓN. Esta finalidad -también un elemento común a las sanciones penales- nos permitirá diferenciar las medidas administrativas punitivas de aquellas dotadas de otro carácter. Desde luego que nos referimos a la finalidad de la sanción en lo inmediato; es indudable que toda medida punitiva siempre debe perseguir la tutela de bie-*

negativas,[424] es censura,[425] lo que no significa que esté ayuna de otros propósitos, pues esto sería contrario a los principios que rigen en un Estado social y democrático de Derecho como el español, que toma sus atribuciones de la Constitución Política con los fines y límites dispuestos en su texto. P. ej., según el art. 25. 1 de ese cuerpo normativo, la condena o la sanción solo procede ante conductas que constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente al momento en que son efectuadas.[426] Del mismo modo, el apartado 2 de ese artículo señala que las penas privativas de libertad están orientadas a la reinserción social, definiéndose así un fin específico para el castigo que implica dicha pena, en concreto, la prevención especial positiva.

---

nes jurídicos, pues sería inadmisible una sanción que se agotara en la represión pura y simple. En consecuencia, la delimitación del plano sancionatorio lleva a que solo puedan incluirse en ese ámbito a las medidas aflictivas que se desenvuelven en el marco judicial- penal o administrativo dotadas de carácter punitivo o represivo, es decir, que ofician como castigo al infractor, quedando fuera todas los institutos que posean otro carácter en forma predominantemente (siempre que la atribución de tal naturaleza no se trate de un mero rótulo -emanado de las clasificaciones formales del Derecho positivo- que encubra una consecuencia de corte represivo).” SILVA FORNÉ, “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador.” En: DIEZ RIPOLLÉS, *et ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.,* p. 176.

[424] *“El ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración supone la posibilidad de que imponga consecuencias negativas a aquel que es objeto de la misma.”* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 15. Dice Armin Kaufmann: *“... si miramos sin prejuicios el fenómeno que viene a designarse con las expresiones derecho penal, ciencia del derecho penal, proceso de condena y punición, no cabe desconocer una cosa: la relación existente entre el hecho y la reacción frente al mismo. Al hecho antijurídico se le vincula una sanción que encierra -y que precisamente ha de encerrar- un mal para su autor; ya la pura censura que implica el pronunciamiento de la condena supone infligir un mal. Si es que las palabras tienen algún significado, ello es retribución, aunque yo pueda expresarlo también con otros conceptos, como los de compensación, expiación, o simplemente: reacción. Añadamos que la gravedad de la reacción debe ser adecuada a la entidad del injusto y de la culpabilidad, y estaremos ante la retribución justa... Para la justificación de la pena, o más modernamente, para su legitimación, la idea de la retribución justa resulta imprescindible.”* KAUFMANN, Armin. “La misión del Derecho penal.” En: *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá, Editorial Temis, 1982, pp. 119-120. Indica también Parejo Alfonso: *“... el interés general o público se traduce, en un Estado de Derecho, en normas que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados o públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, que en el caso de la más grave, puede consistir -cuando la contravención se tipifica como infracción- en infligir un mal al infractor, es decir, imponerle una sanción en ejercicio justamente de la potestad sancionadora.”* PAREJO ALONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición revisada y actualizada, 2010, p. 671.

[425] MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal.* Madrid, Iustel, 2011, p. 135.

[426] “Art. 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

Al analizar el fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos, concluí que éste busca proteger a la comunidad del peligro que se asocia a ciertos bienes y evitar su empleo en la comisión de nuevos delitos. Hablamos de bienes que son peligrosos intrínsecamente, o que lo son en relación con alguien que puede no tener ningún vínculo con el hecho criminal. Ante este panorama, se concluye sin esfuerzo, que al menos en términos de *lege ferenda*, este comiso no tiene un componente punitivo, pues su imposición no oficia como castigo al autor o partícipe de la infracción.

Tratándose del comiso de ganancias la situación es similar, pues el fundamento de la figura jurídica se encuentra en la no tolerancia de un enriquecimiento patrimonial que se tacha de irregular por proceder de una infracción, o como mínimo de un injusto penal. La orientación teleológica de la medida es clara: se pretende poner fin a ese enriquecimiento. Con el comiso de las ganancias no se está articulando un castigo al responsable de la infracción. Al contrario, esto es tan intrascendente que cabe su imposición en casos donde no hay un responsable criminal.

De *lege lata* la situación es otra. Tratándose del comiso de efectos e instrumentos, el art. 127 CP no contempla la peligrosidad del bien y prevé el comiso por valor equivalente prácticamente en cualquier hipótesis. Ambas circunstancias me permiten concluir que este comiso es una medida sancionatoria. El propósito de castigar al autor o partícipe del hecho, o al tercero titular del bien, por usar o permitir el uso de un objeto lícito para la preparación o comisión de un delito, es la única justificación que tiene el comiso de bienes que no son peligrosos.[427] Excluido todo examen sobre la peligrosidad de la cosa, no hay duda de que la medida se adopta *in personam*, sea en contra del condenado si es que lo hay, o en contra de un tercero, como una sanción por el comportamiento antes descrito. De la misma forma, prever el comiso por valor equivalente en relación con los efectos e instrumentos solo se explica desde la retribución,[428] pues p. ej., si el efecto o instrumento peligroso ha

[427] P. ej., para Choclán Montalvo el comiso de efectos e instrumentos que no son peligrosos está orientado a *"sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho."* Así CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 345.

[428] Es de la misma opinión Cortés Bechiarelli: *"En cuanto a la segunda de las razones propuestas, la introducción del comiso por valor equivalente en nuestro Código penal erradica la posibilidad de que se trate —en su modalidad de incautación de instrumentos del delito— de una medida de seguridad, pues ya, de una parte, se impone su asignación al grupo de las penas y, de otra, viene a significar que la razón de ser del comiso no es la capacidad lesiva del objeto retirado, sino otra claramente más retribucionista. Si el instrumento ha desaparecido, o se ha transmitido, y es sustituido por un pago en metálico, ninguna peligrosidad efectiva se colige de un bien en principio inocuo y nada dañoso per se."* CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.); NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Isabel (Coord.) *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero.* Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 115. Aunque sin pronunciarse sobre la naturaleza jurídica que atribuye el comiso, Fernández Teruelo señala sobre el comiso por valor equivalente que *"Desde un punto de vista crítico, esta medida pone de manifiesto la existencia de un "fraude de etiquetas", al esconder su verdadera naturaleza bajo el nombre de "consecuencia accesoria". Y es que las diferencias con las "penas" pecuniarias son escasas, en la medida en que se priva al sujeto de elementos no vinculados al delito, esto es de bienes adquiridos en principio de forma lícita."* FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso*

sido destruido, no tiene sentido sustituir su comiso con el de bienes ayunos de peligro que integran el patrimonio del condenado. La inclusión de una variable de carácter económico (a saber, la equivalencia que debe darse entre el valor de los bienes sobre los que recaerá el comiso y los que están directamente vinculados con la infracción), demuestra que el comiso de efectos e instrumentos, de *lege lata*, no se basa en la peligrosidad del bien, o en su capacidad lesiva, sino en el deseo de sancionar al autor o partícipe de la infracción, en este caso por la imposibilidad de practicar el comiso, lo que es un despropósito mayor si se considera que, esa imposibilidad puede sobrevenir por causas que no son atribuibles al responsable criminal; o porque los bienes pueden pertenecer a un tercero desde antes de que ocurriese hecho.

Tratándose del comiso de ganancias, algunos autores, como Cortés Bechiarelli, creen que el legislador le otorgó un carácter sancionador al introducir el comiso por valor equivalente.[429] Comparto esta apreciación parcialmente. En principio, si no ha sido posible decomisar el beneficio económico que proviene de la infracción, no hay razón para negar su remplazo con otros bienes que integran el patrimonio del autor o partícipe de la infracción, o de quien como mínimo, haya desarrollado el injusto penal que da origen a ese beneficio, pues en el comiso de ganancias lo importante no es tanto el comiso de bien concreto, específico (como sí sucede en relación con los efectos e instrumentos *peligrosos*), sino la supresión del enriquecimiento o beneficio económico que supone ese bien. Hablamos de términos económicos, con lo cual cabe remplazar un bien por otros de igual valor. P. ej., si no se puede decomisar una finca, cuyo valor es de 100 mil euros, se puede ordenar el comiso de otros bienes por ese mismo valor, pues de una u otra manera se logra suprimir la ventaja patrimonial obtenida (que en términos económicos es de 100 mil euros y no de una finca en concreto). En resumen, sea a través del comiso de ganancias puro y simple, o mediante el comiso por valor equivalente cuando no se pueda imponer el primero, se cumple con el fundamento y la orientación teleológica de la medida.

Ahora, de *lege lata* el comiso por valor equivalente opera ante *cualquier circunstancia* en la que no se pueda decomisar el bien directamente relacionado con la infracción. Esta particularidad sí le otorga al comiso de ganancias un carácter sancionador, pues si el comiso se frustra por motivos que no son imputables al sujeto, p. ej., una desaparición fortuita, la única razón para imponer la medida será el propósito de punir la imposibilidad de ejecutarlo.[430] Del mismo modo, el art. 127.1 párra-

---

sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit., p. 114.

[429] Vid., CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, op. cit.,* p. 119. Para él, el comiso sustitutivo (entiéndase, por valor equivalente), de los efectos e instrumentos, así como el de las ganancias, ha convertido el comiso en una pena. Esta opinión se comparte también en relación con otras legislaciones. P. ej., tratándose de Italia, Vittorio Manes considera la confiscación del valor como una medida de carácter preminentemente sancionatorio. MANES, "La incidencia de las "Decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo." En: *RECPC, op. cit.,* p. 8.

[430] *"Cuando se sustituye el objeto originariamente decomisable por otro de su mismo valor económico, algún fundamento debe tener dicha sustitución. Puesto que el valor económico de los objetos o bienes*

fo 2 CP prevé el comiso ampliado, mismo que como diremos luego, con base en una presunción legal (claramente proscrita en el ámbito penal), puede comprender todo el patrimonio del condenado, un patrimonio que no está vinculado directamente con la *conducta sometida a juicio*. Esto hace del comiso de ganancias en una sanción adicional, pues el autor o partícipe del hecho puede ser desposeído de más de lo que ganó con la comisión del *concreto delito que se enjuicia*.

En resumen, los comisos de efectos e instrumentos y de ganancias de *lege ferenda* no son medidas sancionatorias. De *lege lata* sí. Estas conclusiones sin embargo, no son suficientes para responder a la pregunta sobre su naturaleza jurídica, pues como indiqué antes, tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo (ambas ramas del Derecho público en cuyo seno se incardina el comiso), se articulan medidas que pueden tener carácter sancionador.

El comiso como medida de Derecho administrativo o como medida de Derecho penal:

Si el comiso tiene contenido sancionador, corresponde establecer a cuál rama del Derecho público pertenece, no sin antes aclarar que tanto el Derecho administrativo como el Derecho penal integran el Derecho punitivo del Estado[431] y para ambos rigen los mismos principios,[432] con lo cual no habría una variación sustancial en lo que a derechos y garantías se refiere.

---

originariamente decomisables no se relaciona con su peligrosidad objetiva, ni con la relación patrimonial ilícita con el objeto, el fundamento de la sustitución debe ser autónomo respecto del comiso original y solo puede situarse en la sanción de la imposibilidad de ejecutarlo. Aquí aparece el componente punitivo del este comiso... que aunque no sea formalmente una pena, debería ser tratado como si lo fuera, es decir, exigiendo que las circunstancias que lo motivan sean, de una forma u otra, imputables al sujeto... la expresión legal "por cualquier circunstancia"... debería ser interpretada como referida exclusivamente a circunstancias imputables dolosa o imprudentemente al sujeto..." GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 959.

[431] NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid, Tecnos, 4° edición, 2005, p. 168.

[432] Sobre el tema, léase SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General, op. cit.,* p. 681; PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo, op. cit.,* pp. 671-676; TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Injusto penal e injusto administrativo. (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)." En: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría.* Madrid, Editorial Civitas, Tomo III, 1991, p. 2542 y ARMENTA DEU, Teresa. "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos." En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin.* Barcelona, Bosch, 1997, p. 220. Sobre el tema, apunta Alejandro Nieto: *"En cuanto a cuáles son los principios aplicables, habría que empezar suscribiendo las rotundas afirmaciones de QUINTERO -inspirada inequívocamente en la función garantista que aporta el Derecho Penal al integrarse en el Derecho Administrativo Sancionador- de que «cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, sino a aquellos a los que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamen-*

Desde mi punto de vista, el comiso es una medida de carácter penal, pues al distinguir entre medidas sancionatorias administrativas y penales juega un papel elemental la voluntad legislativa y tratándose del comiso de los efectos, instrumentos y ganancias provenientes de la infracción, el legislador español *optó* por la vía penal. Buena parte de la doctrina admite las semejanzas existentes entre los ilícitos penales y los administrativos (al extremo de hablar de identidad material entre ambos) y basa la distinción en las cuestiones formales, determinadas por la elección entre una u otra manifestación del poder punitivo estatal.[433] Si en España, para el

tales».” NIETO, *Derecho administrativo sancionador, op. cit.,* p. 166. El TC ha exigido que en los procedimientos administrativos sancionadores se respeten las garantías procesales previstas en el artículo 24 constitucional: *“Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior, podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial.”* STC N° 77/1983, de 3 de octubre.

[433] *“La distinción entre ambos tipos de infracciones es meramente formal; depende del legislador la inclusión de una conducta ilícita en una ley penal o en una ley administrativo- sancionadora. Es únicamente su respectivo régimen jurídico el que ofrece particularidades, que se matizan de acuerdo con la legislación de los distintos Estados a través del sistema positivo que se han dado.”* SILVA FORNÉ, “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador.” En: DIEZ RIPOLLÉS, *et ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.,* p. 181. En igual sentido, señala Huerta Tocildo: *“A este respecto, resulta trascendental la declaración contenida en la STC 18/1981, FJ 4, a favor de la aplicación, aunque con ciertos matices de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico-penal al Derecho administrativo sancionador por considerarse que ambos son manifestación del ius puniendi estatal hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales. Por lo que aquí interesa, nótese que está implícito en dicha resolución el entendimiento de que la sanción penal y la sanción administrativa (incluida la de naturaleza disciplinaria) pueden tener un mismo y único fundamento, constituido por un determinado interés social merecedor y necesitado de un mayor (ilícito penal) o menor (ilícito administrativo) grado de protección jurídica, lo que conlleva la desaparición de toda diferencia de índole esencial o cualitativa entre una y otra clase de infracciones. Identidad en lo esencial, como dos modalidades escalonadas de ofrecer cobertura a un mismo interés merecedor y necesitado de protección; diferencias en lo accidental o procedimental: tal es la relación que, a tenor de la interpretación dada al artículo 25.1 CE por la STC 18/1981, cabe establecer entre los delitos y faltas, de un lado, y las infracciones administrativas, de otro lado. Una relación en la que la identidad esencial conduce a la aplicación de unos mismos principios, en tanto que las diferencias no esenciales o puramente cuantitativas —menor gravedad de las infracciones administrativas en comparación con los correspondientes ilícitos penales— aconsejan que dicha aplicación no sea mecánica o automática sino matizada. La jurisprudencia constitucional se inclina así, desde un principio, a favor de la inexistencia de diferencias cualitativas entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, pues sólo a partir de la idea de una identidad esencial entre uno y otro puede explicarse ese trasvase de principios del ámbito del Derecho penal al propio del Derecho administrativo sancionador.”* HUERTA TOCILDO, Susana. “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios.” En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, pp. 39-40. Véase también ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, p. 142 y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo, op. cit.,* p. 675. Este último expone: *“…es general opinión que no existe una diferencia de naturaleza entre ilícito penal e infracción administrativa (STS de 9 de enero de 1991), siendo la elección de una y otra fruto de*

comiso de determinados bienes (que no sobra señalar, son precisamente los que guardan relación con una infracción penal -y no administrativa-), se ha seleccionado la normativa penal y se ha dispuesto que imponga la medida un juez penal a través de un proceso también de esa naturaleza, debería admitirse la condición *penal* de ésta. Esta conclusión no cambia si en la diferenciación entre ilícitos penales y administrativos partiésemos de un criterio material, v.g., la gravedad del ilícito,[434] pues el comiso sigue siendo una consecuencia que se asocia a conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos básicos para la convivencia en sociedad (en concreto, las que han sido consideradas constitutivas de delitos, o como mínimo de injustos penales).

García de Enterría y Ramón Fernández creen que el comiso de efectos e instrumentos es una medida de Derecho administrativo que carece de contenido sancionador. Estos ubican el comiso y el decomiso administrativo dentro de las potestades ablatorias reales (que destruyen o extinguen derechos del afectado, de forma total o parcial),[435] aunque aclaran que lo común es que se presente como accesorio de las sanciones administrativas.[436] Del mismo criterio es Silva Forné, autor que distingue las medidas de confiscación y comiso y las sanciones administrativas.[437] También lo entiende así Gracia Martín[438] y Ocaña Rodríguez.[439] Aunque en efecto, si nos atenemos únicamente al fundamento y fin de la medida esa respuesta puede ser acertada, no podemos desconocer que de *lege lata* esa conclusión no cabe, básica-

---

una opción política legislativa -naturalmente, en el marco constitucional- por el instrumento de tutela más pertinente al bien jurídico de que se trate en cada caso y cada momento concretos."

[434] Autores como Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero o Terradillos Basoco, reconocen que la doctrina española actual se muestra prácticamente unánime en negar una diferencia esencial entre el ilícito penal y el administrativo. Sin embargo, ellos son del criterio que la diferencia no es solo de orden cualitativo, sino cuantitativo, agregando que los ilícitos penales son más graves que los administrativos. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 15. Este también es el criterio de Santiago Mir Puig: *"Lo que debe diferenciar al Derecho penal es ciertamente algo cuantitativo: la mayor gravedad de la pena criminal. Sin embargo, a mi juicio, esta mayor gravedad no ha de verse sólo como mayor cantidad de sanción. En España es verdad que sólo la pena criminal, y no la sanción administrativa, puede implicar privación de libertad, pero en cambio hay multas administrativas económicamente mucho más elevadas que algunas multas penales. La mayor gravedad de la pena criminal ha de verse entonces en términos simbólicos, por razón del reproche ético social mucho mayor que conlleva una condena penal."* MIR PUIG, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: *RECPC, op. cit.,* p. 9. También cree que la distinción parece fundarse en un criterio cuantitativo o de gravedad del ilícito, SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General, op. cit.,* p. 679.

[435] *"La tercera gran especie de potestad, luego de la que se expresa en las limitaciones de derechos, por la que la Administración puede incidir gravosamente sobre las situaciones jurídicas de los particulares, es la que llamaremos, stricto sensu, potestad ablatoria… Aquí no se limitan los derechos afectados, sino que más bien se destruyen, se extinguen como tales derechos, total o parcialmente."* GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.,* Tomo II, p. 120.

[436] GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, ibídem,* Tomo II, p. 123.

[437] SILVA FORNÉ, "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: DIEZ RIPOLLÉS, *et ál., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.,* p. 179.

[438] GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 553.

[439] Este autor cree que el comiso de efectos e instrumentos es una medida de seguridad *policial* confiada a los tribunales penales. OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.,* p. 74.

mente porque el comiso de efectos e instrumentos tiene carácter sancionador. Además, este comiso no siempre se aplica sobre bienes *intrínsecamente* peligrosos, sino también sobre bienes que son peligrosos *en relación con alguien en particular*, de ahí que sea necesario un examen más exhaustivo, en el cual la comisión de un delito o un injusto penal es un indicio más que el órgano jurisdiccional debe ponderar al determinar si hay riesgo de que el bien pueda ser empleado en nuevas infracciones.[440] Igualmente, porque aunque con respecto a bienes que son peligrosos *de modo absoluto* el comiso puede adquirir tintes policiales y predelictuales, su vinculación con un hecho que, como mínimo es antijurídico, traslada la figura del campo administrativo al penal (nótese que aquí hablamos de una medida que solo se puede adoptar tras la comisión de un delito o de un injusto penal).

El hecho de que el presupuesto del comiso no sea el delito (como sucede con la pena), o la peligrosidad criminal puesta de manifiesto con la comisión previa de un hecho antijurídico (lo que impide confundirlo con una medida de seguridad), no es una razón para excluir *prima facie* su carácter penal.[441] Si autores como Gracia Martín[442] admiten que la pena es una consecuencia penal porque su presupuesto de hecho es la acción típica, antijurídica y culpable y que la medida de seguridad es penal porque su presupuesto de hecho es la peligrosidad criminal puesta en evidencia con la realización del hecho antijurídico, también se puede admitir que el comiso es una consecuencia penal, pues la peligrosidad del efecto o instrumento que constituye su presupuesto está a su vez vinculada con la conducta que ha sido sometida a pena, o como mínimo, que ha sido considerada típica y antijurídica según el ordenamiento jurídico penal.

Tratándose del comiso de ganancias la situación es más clara, pues ningún autor le otorga naturaleza administrativa. La discusión por lo tanto, se reduce a determinar si se trata de una medida de Derecho civil o penal. Repito a riesgo de ser reiterativa, que este comiso es una medida de Derecho público y en concreto de

---

[440] Sobre este examen, véase el acápite destinado al estudio del fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos.

[441] En sentido contrario, Gracia Martín señala que en el comiso, el supuesto de hecho es ajeno tanto a la culpabilidad como a la peligrosidad criminal del autor, elementos que desde su óptica, son los esenciales y específicos de los supuestos de hechos específicos de las consecuencias jurídicas del Derecho penal. *"El fundamento y la finalidad de estas consecuencias son muy diversos, como también lo es, por ello, la naturaleza jurídica específica de cada una de ellas o de los diferentes grupos de las mismas. Así, por ejemplo, fundamento de la consecuencia de la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito es únicamente la situación patrimonial ilícita que se ha producido y el juicio de no tolerancia de la misma; la finalidad específica de la privación de dichas ganancias es la restitución objetiva de la situación ajustada al orden jurídico objetivo de la distribución de bienes, perjuicios y beneficios. Su naturaleza jurídica específica no es penal, sino exclusivamente civil. La medida de comiso de los instrumentos del delito se fundamenta exclusivamente en la peligrosidad objetiva de la cosa, es decir: de los instrumentos mismos de comisión del hecho, basada en la probabilidad de que la libertad de disposición de tales objetos proporcionará ocasión para la comisión de nuevos hechos delictivos por el mismo autor o por otros sirviéndose de aquél instrumento, y su finalidad es una propia de la actividad de policía de aseguramiento del ordenamiento jurídico frente a peligros. Su naturaleza jurídica, pues, no es punitiva sino meramente policial, y, por tanto, pertenecerá al Derecho administrativo."* GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 37.

[442] GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, ibídem,* p. 36.

Derecho penal, pues el que el comiso de ganancias tenga como presupuesto un enriquecimiento ilícito no impide atribuirle ese carácter, ya que ese enriquecimiento no debe originarse en un hecho cualquiera, sino en uno que, como mínimo, configure un injusto penal. El comiso de ganancias es una medida condictiva,[443] que aunque tenga semejanzas con la acción de enriquecimiento ilícito no tiene naturaleza civil, básicamente porque la relación que se plantea entre el Estado y el individuo afectado por el comiso dista mucho de la que se da entre dos sujetos de Derecho privado. Además, de *lege lata,* como demostré atrás, hay rasgos sancionatorios o punitivos que la trasladan al ámbito penal.

Finalmente, entiendo que no hay obstáculos para que el legislador articule en el ámbito penal una respuesta para una forma particular de enriquecimiento, a saber, aquel que proviene de las infracciones que están tipificadas como delito o falta. Desde mi óptica, no hay razón para negar al Derecho penal la posibilidad de asumir funciones que no son estrictamente sancionadoras (la prevención de los peligros que se asocian a ciertos bienes, o la supresión de una situación patrimonial injusta), máxime cuando dependen de la previa demostración de conductas que constituyen un delito, o como mínimo un injusto penal -no administrativo- y tras el necesario cumplimiento de una serie de garantías que son propias del proceso penal. Si a esto unimos que de *lege lata* el comiso de ganancias tiene rasgos sancionadores, la conclusión es más que obvia.

En suma, los comisos de efectos e instrumentos y de ganancias son medidas de Derecho público, en concreto del ámbito penal. Desde el plano teórico, o si se quiere, del *deber ser*, la primera es una medida de naturaleza preventiva y la segunda condictiva que no poseen carácter sancionatorio, sin embargo, como surgen del poder de imperio del Estado su imposición siempre debe estar cubierta por las garantías que se vinculan a cualquier otra consecuencia jurídica que se resuelve en el ámbito del Derecho público. De *lege lata*, son verdaderas sanciones que se articulan en el ámbito penal y en ese tanto les son aplicables (o deberían serlo), los principios que se asocian a éstas, lo que no está exento de problemas (v.g., el principio de culpabilidad es de los más sacrificados desde que se admite el comiso de bienes de terceros, o el comiso en casos en los que no hay una conducta culpable).

Finalmente, creo importante fortalecer mi conclusión con los criterios emitidos por el TEDH y el TS. En cuanto al primero, en el caso Welch contra Reino Unido el TEDH consideró el comiso una medida punitiva.[444] Aunque en efecto, en otras sentencias ha adoptado una posición distinta, no menos cierto es que las decisiones tomadas en torno a ese tema no han sido unánimes (analizaré este tema en el capítulo V, al examinar el comiso ampliado). De igual manera, el TS ha señalado expre-

[443] Término acuñado por Wilfried Bottke, para referirse a las medidas que designan la obligación de devolver la cosa obtenida ilícitamente. BOTTKE, "La actual discusión sobre las finalidades de la pena". En: SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, op. cit.,* p. 44.
[444] Caso Welch contra Reino Unido. Sentencia de 9 de febrero de 1995. TEDH 1995\5.

samente que el comiso es una medida vinculada con el derecho sancionador,[445] posición que comparto sin reservas.

IV. Figuras jurídicas que tienen algún parecido con el comiso.

Existen algunas figuras jurídicas que comparten algunas características del comiso. Por esa razón voy a analizarlas brevemente, poniendo especial énfasis en sus diferencias con el instituto jurídico antes mencionado.

A. Comiso y confiscación.

Aunque según el Diccionario de la Real Academia Española el comiso es un término procedente del latín *commissum* que significa confiscación,[446] el estudio de sus raíces históricas demuestra que estamos ante figuras distintas. La confiscación es el acto mediante el cual el poder público se apodera de los bienes de un sujeto que ha sido condenado por decisión judicial a perderlos. Las primeras referencias que hay en torno a esta figura se remotan al Derecho Romano,[447] en el que rara vez se usaba la palabra *confiscatio* para referirse a este acto, que suponía un enriquecimiento del fisco. Se empleaban otras expresiones, cuyo contenido también era diverso. La *consecratio bonorum* se ubica en la época arcaica del Derecho Romano. Como el concepto de delito no solamente abarcaba los actos lesivos en perjuicio de la sociedad, sino también aquellos que ofendían a los dioses, la *consecratio bonorum* implicaba entregar a la divinidad ofendida, la vida del culpable y eventualmente sus bienes, como mecanismo de expiación. Únicamente cuando los hechos fuesen menos graves bastaba con la entrega de bienes, sin que se requiriese el sacrificio del condenado.[448] La *publicatio bonorum* era la forma más común de referirse a la confiscación. Comprendía los casos en que la comunidad hacía suyos los bienes que estaban vacantes y los que pertenecían a los condenados a la pena capital.[449] La

[445] Vid. p. ej., la STS N° 56/1997 de 20 enero, así como las que mencioné al examinar el fundamento y orientación teleológica del comiso de efectos e instrumentos y el comiso de ganancias.
[446] RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*
[447] MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 924.
[448] PINO ABAD, Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999, pp. 29-32. En igual sentido SANTALUCÍA, Bernardo. *Derecho Penal Romano*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1990, pp. 28-29.
[449] "*El origen histórico de la publicatio bonorum coincide con el de la llamada interdictio aqua et igni (figura de aparición incierta… pero dentro de los procesos comiciales o juicios desarrollados en las asambleas populares). En ellos se mantenía en la práctica el reconocimiento al acusado de la facultad de sustraerse a la posible condena a pena capital mediante el exilio voluntario antes de que tuviese*

publicatio no era una pena, sino una consecuencia necesaria una vez declarada la pena capital. El patrimonio del condenado pasaba a manos de la comunidad, sin que tuviese que destinarse a finalidades concretas.[450] La *publicatio bonorum* se convierte en una pena en el año 18 a.C. con la *lex Iulia de adulteriis coercendis*.[451] Junto a la confiscación de bienes que acompañaba la pena capital, apareció una con carácter autónomo. Esta *publicatio* era una sanción independiente para ciertos delitos y era parcial, pues se limitaba a una porción de los bienes que dependía de cada caso.[452] Finalmente, como consecuencia de la aparición de formas extraordinarias de exilio (*relegatio y deportatio*), surge la *ademptio bonorum*, que se vincula a ellas como pena de carácter accesorio. A diferencia de la confiscación de bienes ordinaria que se asociaba a la condena capital (pena de muerte y exilio ordinario) y que aparecía como una consecuencia necesaria de ella, la *ademptio bonorum* era una segunda sanción que, por ser independiente, podía ser excluida (aunque lo normal fuese lo contrario), ejercitable contra los herederos, incluso cuando la pena principal no se había ejecutado por el fallecimiento del condenado.[453] Además, aunque en principio la *ademptio* suponía una privación de bienes parcial y no total (como sí la *publicatio*), lo cierto es que, dependiendo de la variante del exilio extraordinario de que se tratase, también cabía la confiscación de todo el patrimonio.[454]

Durante el Derecho visigodo la pena de confiscación mantuvo su papel protagónico. No solamente se empleó para castigar los delitos más graves, sino también para debilitar a los adversarios políticos de los monarcas, al punto que solamente se aplicaba a quienes tuviesen solvencia económica.[455] A la vez que confisca-

---

lugar el escrutinio de los votos de la asamblea. Para ello se presentaba ante el magistrado rogando indulgencia (excusatio), y este ruego se mostraba como una instancia de gracia. El proceso continuaba después de la fuga o expatriación y daba lugar a una condena, pero ésta se limitaba a que el magistrado pronunciase la aqua et igni interdictio o exclusión de toda comunidad de vida del territorio ciudadano, procedimiento que revela orígenes sagrados con las consecuencias de la vieja consecratio y a la que se unía la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes y el poder ser muerto en el supuesto de volver a entrar en territorio prohibido. La introducción de esta alternativa en beneficio del procesado determinó que el exilio se generalizase y de esta forma por pena capital no se entendiese sólo la de muerte sino también el exilio." PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.,* pp. 32-33. Igualmente, Bernardo Santalucía señala que a la expatriación seguía una declaración formal de prohibición del "agua y el fuego" (*aqua et igni interdictio*), que suponía la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes y la prohibición de regresar, bajo pena de muerte, a la urbe. SANTALUCÍA, *Derecho Penal Romano, op. cit.,* p. 69.

[450] PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.,* p. 32-34.

[451] Con esta ley el adulterio se consideró un crimen público. Se castigó la unión sexual con mujer casada (adulterio en sentido estricto) y no casada de condición honesta (*stuprum*); la explotación lucrativa y el favorecer estos crímenes (*lenocinium*). Los condenados eran confinados en diferentes islas, a la mujer se le confiscaba la mitad de la dote y un tercio de los bienes parafernales y al hombre la mitad de su patrimonio. SANTALUCÍA, *Derecho Penal Romano, op. cit.,* p. 101.

[452] PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.,* p. 34-35.

[453] PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, ibídem,* p. 36-37, 400.

[454] Un ejemplo de confiscación total se presenta con la deportación en tiempos de Tiberio. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, ibídem,* p. 37.

[455] *"Alarico había adoptado del derecho criminal romano la distinción entre las penas inflingidas al rico y las del pobre,.... Así, por el mismo delito, un hombre privilegiado (digna idoneaque persona) estaba sometido a pena de exilio por dos años y pena de confiscación por parte del Tesoro de la mitad de sus bienes, mientras que un pobre (indigna et pauperior persona) que poseyera poco o nada susceptible de ser confiscado por el Tesoro, era enviado a trabajos forzosos durante dos años en una mina o*

ban los patrimonios de los enemigos, los monarcas premiaban a quienes les habían ayudado, sea a acceder al trono o durante el mandato. Frente a esto, los nobles idearon una serie de mecanismos para protegerse, entre ellos, la consolidación de las donaciones a favor de los donatarios que las habían recibido y la garantía del *habeas corpus,* según la cual en todo proceso penal donde hubiese implicado alguien de su estamento y ante la eventual condena a muerte o confiscación, se descartaba que el monarca fuese quien conociera como único juez de la causa, trasladándose la competencia jurisdiccional a un tribunal compuesto por los mismos nobles. Esta garantía se consagró hasta el año 683, en el Concilio XIII de Toledo. De igual manera, en el Concilio VIII de Toledo se dictó el *Decretum iudicii universalis*, donde se indicó que los objetos de confiscación debían engrosar el patrimonio de la Corona y no el patrimonio privado del rey, evitándose así que los monarcas destinasen lo confiscado la concesión de privilegios y prebendas a quienes les apoyaban.[456]

En la Alta Edad Media la situación descrita líneas atrás se mantuvo, pues la pena de confiscación siguió siendo una de las más importantes, empleada tanto para castigar un amplio catálogo de delitos, como para permitir a los monarcas conservar su posición frente a las monarquías recién surgidas en la península. La pena de confiscación en el período altomedieval, además de aplicarse conforme con la legislación visigoda, se vinculó con la llamada pérdida de la paz en el ámbito de la ciudad, tanto de la paz general como de la particular. Quien quebrantaba la paz general urbana podía ser muerto por cualquier miembro de la comunidad. Junto a ello, se quemaba su casa y se confiscaban todos sus bienes. Entre los actos que implicaban esta respuesta, estaban los que suponían una violación del deber de fidelidad hacia otro individuo (p. ej., muerte del señor o de determinados parientes) y el incumplimiento de ciertas reglas procesales (v.g., muerte de alguien sin previo desafío y declaración de enemistad). La confiscación también se aplicaba a los responsables de delitos que aunque lesionaban bienes jurídicos de importancia no motivaban un reproche colectivo. En estos supuestos, el delincuente era solo enemigo de los parientes de la víctima, p. ej., el homicidio.[457]

---

cantera… Esta distinción entre el trato dado al rico y el dado al pobre, aparece solo ocasionalmente en el código de Alarico; pero muy pronto se abrió paso en el derecho criminal visigodo, donde se convirtió en una regla general. Los legisladores dividían a la población libre goda en dos clases y decidían diferentes penas para el mismo delito, según la clase social de la parte ofensora. También hacía una distinción grande entre la pena impuesta a un delito perpetrado sobre un hombre libre, sea cual fuera su clase social, y el perpetrado sobre un esclavo. Ya desde los tiempos de Eurico, el código distinguía normalmente entre dos tipos de hombres libres: los maioris (o honestioris) loci personae y las inferiores personae… El código no excusó a los honestiores del castigo corporal, pero el castigo normal que les era impuesto cuando eran declarados culpables de un delito era de tipo pecuniario. Encontramos con tanta frecuencia esta distinción entre las dos clases, que se puede decir que era un principio general del derecho visigodo." THOMPSON, E.A. *Los godos en España*. Traducido por FACI, Javier. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1971, pp. 158 y 159.

[456] PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.,* p. 401-402.

[457] PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, ibídem,* p. 402-403. Tratándose del homicidio, este autor señala que los fueros municipales contemplaban diferentes soluciones. Mientras unos estimaban que la confiscación era accesoria a la pena de muerte, otros la consideraban subsidiaria, aplicable únicamente si el condenado escapaba y no podía ser ejecutado.

Ya a partir del siglo XIII se opera un cambio en la confiscación, pues la noción de venganza privada que regía la aplicación de las penas es desplazada por un sistema de sanciones establecidas y llevadas a cabo por las autoridades públicas.[458] La confiscación, antes considerada un medio para reparar el daño causado a la víctima y sus parientes, ahora era el precio que debía pagar el autor del crimen al poder político. Con la pena de confiscación se buscaba el bienestar público, considerado más importante que el interés de la víctima o de sus familiares a ser resarcidos por el daño causado con la conducta criminal. La Monarquía usó la confiscación para salvaguardar el orden social que imponía y hacer valer su autoridad. En esta labor los jueces tuvieron un papel relevante, pues en su mayoría no solo ejecutaban la ley sino que tenían un amplio poder de discrecionalidad, aumentando o disminuyendo la pena contemplada en la norma. Esto desembocó en prácticas abusivas, sobre todo en materia de confiscación, ya que los jueces también participaban en el reparto de los bienes.[459]

En el Antiguo Régimen el Derecho penal se guió por la búsqueda de un fin utilitario para los intereses colectivos. Así, al imponer una pena, se buscaba sacar el máximo rendimiento al condenado y por eso la confiscación se aplicaba solamente a quienes tuviesen grandes patrimonios. La confiscación, convertida ahora en un medio de financiar la Monarquía,[460] se impuso a un elenco muy amplio de delitos, incluso a aquellos que carecían de toda gravedad.[461]

La Constitución de 1812 supone el fin de la pena de confiscación.[462] Aunque desde tiempos de los ilustrados se criticó el sistema penal del Antiguo Régimen,[463]

Además, en ocasiones la confiscación solo abarcaba una parte concreta del patrimonio y no todo, lo que era la regla general.

458 En igual sentido, véase VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, op. cit.,* p. XIII.

459 PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.,* pp. 404-405. Sobre el tema, apunta Francisco Tomás y Valiente: *"En mi opinión la institución que más propiciaba las injustas condenaciones judiciales movidas por afán de lucro era la participación de los jueces en las penas pecuniarias impuestas por ellos mismos. Al juez no le era egoístamente indiferente condenar o absolver. Como la mayoría de ellos cobraran unos salarios reales de escasa cuantía, todos tenían legalmente previstos otros ingresos complementarios, que consistían en lo que percibían según arancel por cada acto procesal, y en lo que cobraban bajo la forma de participación en las penas pecuniarias. En efecto, muchas leyes establecían penas pecuniarias de cuantía determinada y especificaban el reparto proporcional de las mismas, que solía ser de un tercio para el juez, otro para la Cámara real y otro para el denunciador del delito. Aunque en alguna ocasión aislada los Procuradores pidieron en términos generales que los jueces no tuvieran participación en las penas, puede decirse que este sistema de participación de los jueces en las penas pecuniarias legales impuestas por ellos mismos en relación con la comisión de delitos determinados por la ley y en la cuantía por ésta fijada, se estimó como normal... este criterio legal estuvo vigente todo el período de la Monarquía absoluta, extendiéndose su aplicación desde tiempos anteriores a los Reyes Católicos hasta comienzos del siglo XIX."* TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII).* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1992, pp. 163, 164.

460 TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII), ibídem,* pp. 326 y 358.

461 PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.,* p. 405.

462 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 145.

463 El libro de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (1764), es una crítica a los abusos del Derecho penal y procesal de entonces. Según Francisco Tomás y Valiente, en España hubo un grupo de ilustrados (verbigracia, Jovellanos, Meléndez Valdés, Lardizábal, Valentín de Foronda, Sempere y

pues además de ser contrario a las ideas de proporcionalidad entre delitos y penas trascendía a la persona del condenado,[464] hubo que esperar hasta inicios del siglo XIX para que el proceso constituyente consiguiese proscribir la confiscación del ordenamiento jurídico (al menos formalmente, pues en la práctica los jueces la habían dejado de usar bastante tiempo antes).[465] La Constitución de 1812, con su acentuado carácter liberal, rompe con el régimen anterior[466] y da pie al cambio que impulsaban

Guarinos), que acogieron las ideas de Beccaria y las hicieron suyas en buena parte. No obstante, también hubo defensores del Derecho penal vigente, de la pena de muerte y la tortura que se mostraron en sentido contrario. Frente a esto, la monarquía de Carlos III y Carlos IV asumió una posición pasiva, de ahí que la legislación penal permaneciese invariable hasta el período liberal de las Cortes de Cádiz, donde se materializó la reforma. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Introducción, notas y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 2° edición, 1985, p. 24.

464 Al respecto, señala Cesare Beccaria: *"Quien turba la tranquilidad pública, quien no obedece a las leyes, esto es, a las condiciones con que los hombres se soportan recíprocamente y se defienden, debe ser excluido de la sociedad, es decir, debe ser proscrito de ella. Parece que la proscripción debiera ser impuesta a quienes, habiendo sido acusados de un delito atroz, tienen contra sí una gran probabilidad, pero no la certeza, de ser ellos culpables; pero para hacer eso es necesaria una norma lo menos arbitraria y lo más precisa posible, que condena a la proscripción a quien ha puesto a la nación en la fatal alternativa de o temerlo o atacarlo, aunque dejándole el sagrado derecho de probar su inocencia… Pero quien está proscrito y excluido para siempre de la sociedad de la que era miembro, ¿debe ser privado de sus bienes? Tal cuestión es susceptible de diferentes consideraciones. Perder los bienes es una pena mayor que la de proscripción: debe, pues, haber algunos casos en los que proporcionalmente a los delitos se imponga la pérdida de todos o de parte de los bienes, y otros casos en los que no. La pérdida de todos los bienes se producirá cuando la proscripción impuesta por la ley sea tal que anule todas las relaciones que existen entre la sociedad y un ciudadano delincuente; y respecto al cuerpo político debe producir el mismo efecto que la muerte natural. Parecería, pues, que los bienes quitados al reo debieran corresponder a los legítimos sucesores más que al príncipe, puesto que la muerte y tal proscripción son lo mismo respecto al cuerpo político. Pero no es por esta sutileza que me atrevo a desaprobar las confiscaciones de bienes. Si algunos han sostenido que las confiscaciones han sido un freno de las venganzas y los abusos privados de poder, no reflexionan que aunque las penas produzcan algún bien no por eso son siempre justas, puesto que para ser tales deben ser necesarias: y una útil injusticia no puede ser tolerada por aquel legislador que quiera cerrar todas las puertas a la vigilante tiranía, que halaga con el bien momentáneo y con la felicidad de algunos ilustres, despreciando el exterminio futuro y las lágrimas de infinitos hombres oscuros. Las confiscaciones ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo más triste que el de una familia arrastrada a la infamia y a la miseria por los delitos de un jefe, la sumisión al cual –ordenada por las leyes- les impediría evitar aquellos, aun cuando tuvieran los medios para hacerlo!"* BECCARIA, *De los delitos y de las penas, ibídem,* pp. 79-80. Para Pino Abad, Lardizábal tenía un planteamiento moderado que no coincidía completamente con el de Beccaria. En lo relacionado con la confiscación, mientras que Beccaria la rechazaba, Lardizábal no reclamaba su abolición pese a reconocerla como una pena cruel. PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español, op. cit.,* pp. 387-388.

465 PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, ibídem,* pp. 394, 406-407.

466 Entiende Francisco Tomás y Valiente: *"… sólo cuando la Monarquía absoluta dejó su puesto al Estado constitucional, la ley penal, el nuevo Código Penal, pudo beneficiarse enteramente de las nuevas corrientes. El Derecho Penal del Estado liberal fue más justo, más técnico, menos severo que el de la Monarquía absoluta. Naturalmente siguió habiendo unos "delitos políticos", tan duramente perseguidos por el nuevo Estado como antes los crimina laesae Majestatis humanae por el soberano absoluto; y por supuesto, la nueva clase dominante, la burguesía utilizó también en su favor la nueva legislación punitiva. Pero aun en estos aspectos, los menos "confesables" de todo sistema jurídico, la dureza de la ley penal fue menor que la de siglos anteriores."* TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII), op. cit.,* p. 408.

los ilustrados y que suponía, entre otros aspectos, la abolición de ciertas penas (entre ellas, la confiscación), por su incompatibilidad con el principio de individualidad de las sanciones.[467]

Para parte de la doctrina, la restauración del Absolutismo por Fernando VII no provocó cambio alguno en esta materia, pues ese monarca fue consciente de que la pena de confiscación no era acorde con un sistema penal más humano. Estimó que su imposición causaba perjuicios a la familia del condenado,[468] con lo cual la valoración negativa sobre su trascendencia a terceras personas (y que fue básica para prohibirla en el texto de 1812) se mantuvo.

Después de 1812, en los diferentes Códigos penales se han recogido ciertas figuras jurídicas que implican el acto de apropiación de algunos bienes que integran el patrimonio del condenado y dentro de las cuales aparece el comiso.[469] Manzanares Samaniego entiende éste como una forma de confiscación específica e individual, que recae sobre objetos concretos y que a diferencia de la confiscación general, no afecta todo el patrimonio o una cuota de éste. Según él, cuando una Constitución Política prohíbe la confiscación (tal y como sucedió en el caso de España), lo que proscribe es la confiscación general, de ahí que critique a quienes se esfuerzan por separar ambos institutos.[470] No comparto su postura. Como se extrae de lo an-

---

467 *"Tampoco hay que olvidar que los mismos ilustrados se marcaron en el plano jurídico un objetivo muy difícil de alcanzar: el establecimiento de un derecho distinto que sirviese a una sociedad nueva y más equitativa. Un derecho que acabase con injustas soluciones enraizadas a lo largo de muchos siglos... pero se encontraron con que el clima social se mostraba contrario a las ideas que aquellos abanderaban, impidiendo con ello que cristalizara la tan deseada reforma penal a fines del siglo XVIII, aunque se allanó el terreno a la actuación de los liberales. Tan es así que éstos no necesitaron improvisar nada. Les bastó con recoger las propuestas de sus predecesores... como pone de manifiesto González Alonso "el liberalismo lo único que hizo fue enlazar con el humanitarismo ilustrado y hacer suyas las tesis construidas por los reformistas del siglo anterior en materia penal." Para alcanzar esa meta había previamente que romper con el régimen anterior mediante la promulgación de un texto constitucional de marcado carácter liberal."* PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, op. cit.*, pp. 390-391.

468 PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español, ibídem,* p. 393. En un sentido diverso, otros autores señalan que la vuelta al Absolutismo supuso en el ámbito penal el retorno a la legislación medieval propia del Antiguo Régimen y que si bien su vigencia formal se ahogaba en la atmósfera de la Ilustración que respiraban los Juzgadores, nada impedía que se aplicasen las viejas penas. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 146.

469 Algunos otros ejemplos que contiene el Código Penal vigente son la pena de multa con que se castigan los delitos contra la salud pública contemplados en los artículos 368 y 369 y cuya cuantía se calcula aumentando en varios tantos el valor de la droga.

470 *"No podemos coincidir con quienes, como el argentino Fontán, niegan al comiso naturaleza confiscatoria por cuanto, a su entender, lo característico de la confiscación es la generalidad de su objeto. Se trata de una actitud que pretende justificar la existencia del comiso en aquellos países cuyas Constituciones prohíben la confiscación, pero pensamos que el problema ha de resolverse mediante la exégesis teleológica de los referidos textos."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 11-12. Ya en España, Joaquín Francisco Pacheco y José Vicente y Caravantes se esfuerzan por distinguir entre el comiso y la confiscación. Para Vicente y Caravantes, si bien el comiso participa del carácter de las penas pecuniarias, pues implica la pérdida de un objeto que representa un valor, no puede convertirse o sustituirse por ese valor, ya que se dirige a la pérdida de un objeto determinado. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado; comentado novísimamente, op. cit.,* p. 150. Por su parte, Joaquín Francisco Pacheco señala: *"La confiscación, nacida de la avaricia de los emperadores romanos, sólo pudo tener alguna utilidad en la época del feudalismo; utilidad política, dependiente de aquella organización social. En el día, sin recomendación alguna que la justificase,*

tes expuesto, la confiscación consistió en una pena que afectaba el patrimonio del condenado, siendo intrascendente el vínculo que hubiese entre ese patrimonio y el delito cometido. El comiso, además de no ser una pena, se impone sobre bienes concretos que están necesariamente vinculados (como efectos, instrumentos o ganancias) con un hecho como mínimo típico y antijurídico.[471] Hablamos de dos institutos diversos, aunque esto no obsta para que algunos autores[472] empleen el término confiscación para referirse al comiso de las ganancias y así marcar una diferencia con el comiso de efectos e instrumentos.

Al menos en principio, la confiscación general del patrimonio ha sido desterrada de la normativa española. Por esto, precisamente, es tan inquietante la introducción del comiso ampliado en el art. 127 CP,[473] misma que se puede llegar a imponer sobre todo el patrimonio del condenado, lo que de alguna manera se acerca y mucho, a la pena de confiscación.

B. Comiso, fianza y embargo de bienes.

Mientras que la fianza y el embargo son medidas provisionales dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en el proceso (art. 589 LECrim),[474] como apunta Gascón Inchausti, a garantizar la efectividad de eventuales pronunciamientos condenatorios dinerarios,[475] el comiso tiene

tendría uno de los mayores defectos que pueden presentarse en cualquier pena: á saber; su trascendencia sobre personas distintas de la misma del criminal. La confiscación, unida como siempre iba con la muerte, no recaía sobre él, sino sobre sus hijos. Aunque quisiéramos separarla de ésta, siempre afectaría de un modo directo á esos desgraciados, y no en una pequeña porción como la multa, sino en la totalidad de sus bienes, en el lleno de sus esperanzas… la ley no debe hacer de ese modo trascendentes á sus castigos: la sociedad no ha de enriquecerse con los crímenes de sus miembros." PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado, op. cit.,* p. 348.

471 De la misma opinión, VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. "Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal." En: *Revista Vía Iuris*. Bogotá, Fundación Universitaria Los Libertadores, N° 6, enero-junio 2009, p. 78.

472 Por ej., Choclán Montalvo y Ocaña Rodríguez (vid. cap. III, apartado III. B). Sobre el empleo del vocablo confiscación como sinónimo de comiso también se refiere VERVAELE, "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". En: *AP, op. cit.,* p. 292 y GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 587.

473 Esta figura será examinada en el V capítulo de esta investigación.

474 "Artículo 589.
Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza.
La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias."

475 Así lo indica GASCÓN INCHAUSTI, "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU, *et ál., El derecho procesal penal en la Unión Europea, op. cit.,* p. 230.

una naturaleza definitiva, disponiendo la pérdida del derecho que el autor o el partícipe de la infracción, o en ciertas circunstancias un tercero, ejerce sobre un bien determinado y que ha sido considerado instrumento, efecto o ganancia de la mencionada infracción. Manzanares Samaniego confirma lo anterior, al señalar que el comiso tiene una efectividad sustantiva y definitiva, lo que no es propio de medidas provisionales como el embargo, de carácter claramente instrumental.[476]

El art. 374.1. 2 CP es una norma particular, pues a pesar de su carácter material (está inserta en el Código Penal y no en la LECrim), permite a la autoridad judicial disponer la aprehensión o embargo de los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito y su puesta en depósito desde las primeras diligencias. A pesar de tener un propósito distinto al expuesto en el numeral 589 LECrim, esta norma permite confirmar que el embargo tiene un carácter de aseguramiento y que es provisional, en tanto que el comiso es de carácter definitivo.[477]

En la misma línea se expresa la normativa supranacional. El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, define el embargo como *"la prohibición temporal de la transferencia, destrucción, conversión, disposición o movimiento de bienes o el hecho de asumir temporalmente la custodia o el control de bienes en virtud de una orden dictada por un tribunal u otra autoridad competente"* (artículo 1, apartado g) y el comiso como *"una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien"* (art. 1, apartado d).

En resumen, las medidas cautelares antes mencionadas lo que buscan es asegurar la efectividad del pronunciamiento judicial que llegue a adoptarse sobre diversos extremos, entre ellos el comiso.

C. Comiso, incautación o intervención de bienes.

Con la palabra incautación o intervención me voy a referir a una medida procesal que únicamente pretende asegurar la prueba a través de una ocupación temporal de bienes de otro por parte del Estado.[478] Tiene un carácter provisional y a diferen-

[476] MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.,* pp. 254-255.

[477] En tanto el comiso supone una privación de titularidad de los bienes que han sido considerados instrumentos, efectos o ganancias de la infracción, las medidas cautelares reales no tienen otro objetivo que asegurar el pago de las responsabilidades civiles derivadas del hecho ilícito. Así lo indica la STS N° 231/2009 de 5 marzo.

[478] Así se desprende de MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.*, pp. 254-255.

cia del comiso que se ordena en la sentencia, la incautación o intervención (también conocido como secuestro), comúnmente se da al inicio del procedimiento penal.[479]

En el artículo 13 de la LECrim, se prevé como una de las primeras diligencias el recoger y poner en custodia las pruebas que conducen a la comprobación del delito y a la identificación del delincuente. Además de las piezas de convicción, también cabe incautar piezas de ejecución del delito, p. ej., las drogas o las ganancias provenientes de la infracción,[480] bienes que posteriormente podrán ser decomisados (de hecho, éste es el vaso comunicante entre ambas medidas).[481] En resumen, hablo de una medida provisional dirigida únicamente a la preservación de ciertos bienes. En este sentido también se expresa el artículo 338 LECrim, que en lo que interesa, prevé la recolección de las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida, así como su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

Es importante hacer una breve referencia a los arts. 367 *ter* y 367 *quater* de la LECrim. En ambos se prevén los casos en los que procede la destrucción o realización anticipada de los efectos judiciales (entiéndase por tal cualquier bien puesto a disposición judicial, embargado, incautado o aprehendido en el curso de un procedimiento penal[482]).

---

[479] HERNÁNDEZ GIL, Félix. "La Medida Cautelar de Secuestro en Materia de Prensa." En: *Revista Jurídica Española La Ley.* Madrid, La Ley, Edilexsa, S.A., Tomo 3, Doctrina, 1981, p. 749. Dicen Maronda Frutos y Tena Franco que el comiso *"Se distingue de la figura del secuestro de objetos con fines probatorios en que ésta es una medida cautelar y como tal de carácter procesal, mientras que aquél es una pena o una consecuencia accesoria de ésta y como tal de carácter penal. El secuestro no implica la privación de la propiedad, derecho cuya pérdida es inherente al comiso; su finalidad también distingue a ambas figuras. Como nota común destacar que ambas inciden en el derecho a la propiedad, si bien el secuestro sólo priva de la posesión y con ello del uso y disfrute de la cosa, no puede negarse que es ésta una de las facultades esenciales de aquél; si bien puede también decirse que no es más qué una medida provisional, no puede negarse su trascendencia restrictiva máxime cuando puede afectar a bienes pertenecientes a terceros no responsables. La restricción que el comiso supone sobre el derecho a la propiedad de los bienes sobre los que recae es absoluta pues priva íntegramente de aquélla extinguiéndola."* MARONDA FRUTOS, Juan Luis; TENA FRANCO, María Isabel. "El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares." En: VELASCO NÚÑEZ, Eloy (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, XII, 1996, pp. 205-206.

[480] Así se desprende p. ej., del art. 374 CP. En él se prevé una serie de reglas en relación con el comiso y otros temas, entre ellos, la necesaria preservación de muestras de drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes salvo que se haya ordenado su conservación íntegra. En igual sentido, véase MARCHAL ESCALONA, A. Nicolás. *El atestado. Inicio del proceso penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 8° edición, 2010, p. 503.

[481] Para Zaragoza Aguado, este es el único vínculo entre las medidas previstas en los artículos 326 y siguientes de la LECrim y el comiso. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006, p. 20.

[482] Artículo 367 bis LECrim.

La destrucción, según el art. 367 *ter*, cabe cuando sea necesario o conveniente por la propia naturaleza del efecto judicial, o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, siempre conservando muestras. Es una disposición con algún parentesco con el comiso de efectos e instrumentos, ya que en éste también tiene (o debe tener) un papel básico la peligrosidad del bien (en este caso, la intrínseca y no la que se da en relación con alguien). Pensemos en un ejemplo. A posee sustancias químicas altamente tóxicas y cuya conservación representa un peligro. En un supuesto así se puede disponer la destrucción de tales sustancias con solo cumplir los requisitos que prevé la norma (resolución judicial y audiencia previa al Ministerio Fiscal y al propietario o poseedor). Sin embargo, no obstante las notas comunes con el llamado comiso de seguridad, la medida prevista en el art. 367 *ter* LECrim se toma de manera anticipada y es intrascendente que el bien sea considerado efecto, instrumento o ganancia de la infracción.[483]

Algo similar sucede con el artículo 367 *quater* LECrim.[484] En éste, se autoriza disponer de manera anticipada de los efectos judiciales cuyo comercio es lícito en ciertas circunstancias, p. ej., cuando sean perecederos; cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto; o cuando su conservación pueda ser peligrosa para la salud o la seguridad pública. Se trata de una decisión que puede tomar el órgano judicial de manera anticipada, previa audiencia a los interesados.

Ahora, a pesar del parecido con el comiso no puede equipararse con éste, ya que no es una consecuencia accesoria; no se adopta en sentencia y no resuelve el destino definitivo que debe darse a los bienes que han sido catalogados como efectos,

[483] Señala Salas Carceller que el comiso es la sanción definitiva a una ocupación que se ha realizado de los efectos, instrumentos o ganancias provenientes del delito o la falta durante la instrucción de la causa. SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.,* p. 335.

[484] "Artículo 367 quater.

1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

a) Cuando sean perecederos.

b) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.

c) Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.

d) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.

e) Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.

f) Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes, y previa audiencia del interesado, podrá acordar la realización de los efectos judiciales. Cuando se solicite la realización a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado del Estado, el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie motivadamente que la petición es infundada o que, de acceder a ella, se causarán perjuicios irreparables.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera."

instrumentos o ganancias de la infracción. Es una medida que, en esencia, solo resuelve el problema que genera la custodia de ciertos efectos judiciales (que pueden coincidir o no con los bienes antes mencionados: efectos, instrumentos o ganancias), precisamente por sus especiales características.

D. Comiso y receptación civil.

El artículo 122 CP[485] regula una responsabilidad civil basada en un enriquecimiento sin causa.[486] Para casos en que el tercero adquirente no actuó de mala fe (y por ende no procede el comiso), se impone a ese tercero la obligación de restituir lo recibido a título lucrativo.[487] Según Choclán Montalvo, "*Se trata en este caso de una responsabilidad objetiva que se fundamenta en la doctrina del enriquecimiento sin causa, y esta responsabilidad es distinta de la responsabilidad del tercero en el procedimiento de confiscación. En éste último caso, cuando el tercero haya contribuido responsablemente a obstaculizar el comiso (tercero de mala fe), el comiso del bien sigue teniendo naturaleza sancionatoria; mientras que en el caso de la responsabilidad obje-*

[485] "Artículo 122.
El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación."

[486] *"Esta figura de responsabilidad civil se refiere únicamente a la participación lucrativa que no tenga su origen en ninguna de las formas de participación delictiva punibles, es decir: a supuestos de participación lucrativa por parte de quienes no fueron ni autores ni cómplices del delito, y por otro lado, no puede dudarse de que en el concepto de efectos del delito utilizado en este precepto están comprendidas también las ganancias obtenidas. Por otro lado, la responsabilidad civil que se establece aquí es independiente de la buena o mala fe del tercero que se haya enriquecido, pues se trata de una responsabilidad puramente objetiva basada en el hecho, asimismo puramente objetivo, de haber tenido lugar un enriquecimiento sin causa. Es decir, que a pesar de la buena fe del tercero, la ganancia sin causa no deja de constituir una participación lucrativa de los efectos de un delito o falta, y aquí estamos ante un supuesto de responsabilidad civil objetiva. Las ganancias ilícitamente obtenidas por una persona jurídica en virtud de los hechos delictivos cometidos por sus dirigentes deberán considerarse siempre y sin excepciones decomisables, dado que la buena o mala fe de una persona jurídica se deduce precisamente de la de aquéllos, que fueron precisamente quienes cometieron el delito. Así, por ejemplo, si en una empresa se desarrolla una actividad contaminante constitutiva de delito contra el medio ambiente, cabrá considerar ganancias a las cantidades no invertidas en los mecanismos e instalaciones anticontaminantes reglamentarios, y tales cantidades podrán ser decomisadas."* GRACIA MARTÍN, *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* pp. 571-572. De otra opinión Cerezo Domínguez, para quien el art. 122 CP no contempla las ganancias, ya que solo habla de los efectos del delito y si se hace una interpretación restrictiva de este término, no las comprende. CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 695.

[487] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Artículo 122". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 753. Véase también QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* N° 12-r2, 2010, p. 15. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12.html.

tiva que establece el art. 122 CP., en realidad, nos encontramos ante una medida de carácter meramente civil."[488]

Al igual que Choclán Montalvo, hay otros autores que no dudan del carácter civil de esta acción.[489] En sentido diverso, hay quienes estiman que se trata de un instrumento jurídico penal.[490] Sea cual sea su naturaleza jurídica, entre esta medida y el comiso hay algunas diferencias. El art. 127 CP se aplica a personas que tienen algún vínculo con la infracción (ser el autor o partícipe, o personas exentas de pena que han cometido un hecho como mínimo típico y antijurídico, o un tercero que carece de buena fe, o no ha adquirido el bien legalmente). El art. 122 CP por su parte, impone la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño a quien haya recibido los bienes a título lucrativo y desconoce su origen.[491] Finalmente, el TS indica que el art. 122

[488] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, op. cit.,* p. 57.

[489] *"En todo caso y sea cual sea la extensión otorgada al mismo, el fundamento del precepto se halla en el principio jurídico de prohibición de enriquecimiento injusto a costa de otros y en él se articula en puridad una acción (civil) de restitución o indemnizatoria contra quien, sin haber intervenido en el delito como autor o partícipe, y sin cumplir, desde luego, el tipo penal de la receptación, se haya beneficiado de los efectos del delito o falta a título lucrativo."* MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Art. 122." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).* Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 939.

[490] *"Por lo tanto: la situación contemplada por la regla del art. 122 y la que se subsume en el (nuevo) primer párrafo del art. 301 y que se resume en poseer bienes que proceden de un delito y que no se han adquirido de modo jurídicamente correcto es la misma, sin que valga oponer una diferencia de naturalezas derivada exclusivamente de la colocación sistemática del precepto, pues en el Título V, Capitulo II del Código penal, que se enuncia como dedicado a las personas civilmente responsables, se encuentran importantes normas cuya naturaleza, fundamento e interpretación en modo alguno es civilista. Por lo tanto, el argumento "sistemático" carece de virtualidad alguna, y por eso mismo en la doctrina penal española se ha acogido la idea de que las reglas del Título V Capítulo II del Código penal, pese a que se califiquen a veces como civiles, participan de la política criminal como instrumentos jurídicos penales. El propio Tribunal Supremo (STS 362/2003 de 14 de marzo, que reitera argumentos de otras sentencias) utiliza a veces la expresión "receptación civil" en la que incurre "quien no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito". La misma sentencia citada, aunque use el adjetivo "civil", declara expresamente que "no se trata de un caso de responsabilidad civil «ex delicto»."* QUINTERO OLIVARES, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 18-19.

[491] QUINTERO OLIVARES, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil." En: *RECPC, ibídem,* p. 20. Para este autor, el sujeto debe desconocer el origen de los bienes por completo, es decir, poseerlos sin dolo o imprudencia. Señala MAGALDI PATERNOSTRO: *"La conducta generadora de dicha obligación, que un sector doctrinal y jurisprudencial ha denominado "receptación civil" difiere de la conducta típica descrita en los artículos 298 y 299 del CP exclusivamente en que el sujeto (el partícipe a título lucrativo) desconoce el origen o procedencia ilícita de los efectos que adquiere a título lucrativo, siendo desde luego, presupuesto insoslayable que el mismo no haya intervenido de modo penalmente relevante en la comisión de la infracción penal de la que provienen los efectos. Elementos comunes entre una y otra figura son, contrariamente, la objetiva procedencia ilícita de los efectos y el ánimo de lucro o enriquecimiento."* MAGALDI PATERNOSTRO, "Art. 122." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 938. En igual sentido, véase la STS 5 dic 1980 (RJ 1980\4780).

CP no regula un caso de responsabilidad civil ex delito, sino de nulidad de los contratos por causa ilícita.[492]

Gracia Martín sostiene que el tema del comiso de las ganancias que se han incorporado al patrimonio de un tercero de buena fe no responsable del delito que haya adquirido el bien legalmente se puede resolver por el art. 122 CP,[493] que en lo que interesa, regula una responsabilidad civil basada en un enriquecimiento sin causa. Aunque tal opción cabe, esa circunstancia no convierte el comiso contenido en el art. 127 CP en una medida de naturaleza civil. Son figuras independientes y hay razones para concluir que el comiso es una figura jurídica de carácter penal.[494]

A la postura de Gracia Martín cabe hacerle una observación adicional. El numeral 122 CP solo contempla la *restitución de la cosa* o el *resarcimiento del daño*. El uso de la palabra *cosa* genera problemas, pues según señala la misma doctrina, ese

---

[492] La STS N° 324/2009 de 27 marzo señala: "*El precepto comentado está pensado para los casos en que no es posible la responsabilidad civil a cargo del acusado, porque el dinero se encuentra en poder de un tercero, que desconoce su origen ilícito, pero que no puede serle atribuido a título delictivo. Esta es la verdadera esencia de la participación lucrativa a que hace referencia el art. 122 del Código penal ... De modo que esta Sala ha declarado que se trata de una obligación civil que no tiene su origen en la participación en el delito, sino de modo objetivo en la existencia de un beneficio a título gratuito, cuando se trata de un tercero, porque el conocimiento de la procedencia delictiva, junto con la recepción material, daría lugar a responsabilidades penales. Y como se ha dicho, el artículo 122 se refiere exclusivamente a una cuestión de naturaleza civil. Como dice la STS 362/2003, de 14 de marzo ... , se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un «título lucrativo». No basta, pues, que una persona haya resultado beneficiada. Y no se trata de un caso de responsabilidad civil «ex delicto», sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada.*" En igual sentido, QUINTERO OLIVARES, "Artículo 122". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 754.

[493] *"Esta figura de responsabilidad civil se refiere únicamente a la participación lucrativa que no tenga su origen en ninguna de las formas de participación delictiva punibles, es decir: a supuestos de participación lucrativa por parte de quienes no fueron ni autores ni cómplices del delito, y por otro lado, no puede dudarse de que en el concepto de efectos del delito utilizado en este precepto están comprendidas también las ganancias obtenidas. Por otro lado, la responsabilidad civil que se establece aquí es independiente de la buena o mala fe del tercero que se haya enriquecido, pues se trata de una responsabilidad puramente objetiva basada en el hecho, asimismo puramente objetivo, de haber tenido lugar un enriquecimiento sin causa. Es decir, que a pesar de la buena fe del tercero, la ganancia sin causa no deja de constituir una participación lucrativa de los efectos de un delito o falta, y aquí estamos ante un supuesto de responsabilidad civil objetiva. Las ganancias ilícitamente obtenidas por una persona jurídica en virtud de los hechos delictivos cometidos por sus dirigentes deberán considerarse siempre y sin excepciones decomisables, dado que la buena o mala fe de una persona jurídica se deduce precisamente de la de aquéllos, que fueron precisamente quienes cometieron el delito. Así, por ejemplo, si en una empresa se desarrolla una actividad contaminante constitutiva de delito contra el medio ambiente, cabrá considerar ganancias a las cantidades no invertidas en los mecanismos e instalaciones anticontaminantes reglamentarios, y tales cantidades podrán ser decomisadas."* GRACIA MARTÍN; *et ál., Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* pp. 571-572.

[494] Sobre los motivos por los cuales llego a esa conclusión, léase el acápite destinado a la naturaleza jurídica del comiso (cap. III, apartado C.2).

vocablo no abarca al dinero y menos los frutos del dinero, entiéndase, las ganancias que con él haya obtenido el infractor.[495] Asimismo, en relación con el resarcimiento del daño, es claro que el término *daño* tampoco abarca el lucro obtenido por el infractor, como sí sucede con el comiso.

E. Comiso y expropiación forzosa.

Según García de Enterría la expropiación forzosa tiene dos caras. De un lado, supone el poder de la Administración de suprimir la propiedad y las situaciones patrimoniales de los administrados. De otro, implica la concesión de una serie de garantías a esos administrados que entrañan límites a la potestad administrativa y la reducen a su efecto mínimo, con el específico desapoderamiento del objeto que es sometido a expropiación, pero sin que esto suponga un empeoramiento patrimonial de su valor, pues éste se ha de restablecer con la indemnización expropiatoria, e inclusive, hace pender sobre la expropiación consumada la efectividad de su causa para resolver aquella cuando ésta cesa.[496] La expropiación forzosa tiene su motivación en una necesidad colectiva. De este modo, implica un sacrificio de una situación dominical específica frente a intereses públicos superiores, sacrificio que además se reduce al mínimo al *"no acarrear la pérdida del contenido económico de la situación sacrificada, contenido que es simplemente sustituido por un equivalente dinerario para que la carga pública que la extinción de la propiedad supone no recaiga sobre la sola persona del afectado y se reparta entre toda la colectividad…"*[497]

---

[495] Señala Quintero Olivares y Tamarit Sumalla, refiriéndose al artículo 111, lo siguiente: *"Según la fórmula legal introducida por el Código Penal de 1995, la restitución ha de hacerse "del mismo bien", en tanto que el artículo 102 CP/1973 se refería siempre a "cosa". La modificación operada tiene una sola explicación verosímil: conforme al derecho anterior, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia, salvo casos aislados, estimaban que por cosa debía entenderse lo que tuviera esa condición en el Código Civil. Algunas resoluciones aisladas extendían el concepto de cosa al dinero… El legislador de 1995 ha decidido abandonar la palabra "cosa", que aludía a la cosa mueble, y por lo tanto, a la que podía ser genuino objeto de la acción reivindicatoria, y en su lugar para a referirse a "bien". Con ello pretende, cabe suponer, una ampliación del objeto de restitución, que incluirá en su caso también al dinero… Problema más complicado es el de los "frutos" del dinero, esto es, las ganancias que con él haya obtenido el autor del delito, ganancias que puede ir desde intereses percibidos… hasta cualquier suerte de beneficio obtenido. No parece trasladable sin más la idea de que se trata de frutos de la cosa, ni ésa es la interpretación que puede desprenderse del Código Civil… Por lo tanto, será más prudente estimar que esas ganancias han de incluirse en lo previsto, en calidad de consecuencia accesoria, en el artículo 127 CP."* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; TAMARIT SUMALLA, Josep. "Libro I: Título V (Art. 111)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005, p. 602-603. Lógicamente, si se estima que esos frutos constituyen un *aprovechamiento*, el art. 127 CP tampoco avalaría su comiso, ya que esta norma no contempla las ganancias indirectas.

[496] GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.,* Tomo II, pp. 217-218. Sobre este tema, léase también PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo, op. cit.,* p. 706.

[497] GARCÍA DE ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.,* Tomo II, p. 228.

Manzanares Samaniego estimó en su momento que el comiso era una expropiación por causa de interés público. A pesar de esto, reconoció que en la expropiación se busca la ejecución de una obra de utilidad pública y que corresponde el pago de una indemnización por el expropiante, lo que no ocurre en el comiso.[498] Por tanto, la indemnización que se concede al administrado que sufre la expropiación[499] es la mayor diferencia entre ambos institutos. Además, en tanto que la finalidad de la expropiación forzosa es la satisfacción de una necesidad general, con el comiso de ganancias se pretende acabar con una situación patrimonial ilícita. El comiso de efectos e instrumentos, aunque puede tener algún parecido con la expropiación forzosa,[500] pues al igual que éste busca satisfacer una necesidad pública (protección de la colectividad frente al peligro que se asocia a ciertos bienes), de *lege lata* no prevé alguna indemnización para el afectado en su patrimonio, se trate del autor o partícipe del hecho, o de un tercero.

Finalmente, en el comiso tiene un papel fundamental la relación de los bienes con un delito, o como mínimo con un injusto penal, lo que no se da en la expropiación forzosa.

[498] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 24. En este texto, el autor señala que la pena de comiso está también sometida al principio de personalidad (entiéndase, que no debe transmitirse a terceros). No obstante, esta afirmación ha perdido validez ya que el comiso se ha convertido en una consecuencia accesoria. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.,* p. 254.

[499] Como señala Santamaría Pastor, la obligación de pagar al expropiado el valor del bien del que se le priva no tiene un carácter de reparación, *ex post*, sino que es un presupuesto de la medida, *ex ante*. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General.* Madrid, Iustel, Tomo II, 2004, p. 446. Se revela así el carácter fundamental que tiene la compensación al expropiado, situación que no se da en relación con el comiso.

[500] Según Choclán Montalvo, tratándose de los instrumentos del delito, sobre los cuales el afectado tiene un derecho de propiedad reconocido por el ordenamiento jurídico, el comiso supone una verdadera expropiación. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 346.

CAPÍTULO IV. APLICACIÓN DEL COMISO. REGLAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 127 DEL CÓDIGO PENAL Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A continuación examinaré las reglas que el legislador ha impuesto para la aplicación del comiso de efectos, instrumentos y ganancias. Sus presupuestos; la naturaleza de los derechos afectados por este instituto; la situación del tercero titular de derechos; los mecanismos previstos ante la imposibilidad de comisar el bien directamente relacionado con la infracción (a saber, el comiso subrogatorio y el comiso por valor equivalente); el comiso en infracciones imprudentes y finalmente, el destino de los bienes decomisados. No omito indicar que si bien en el artículo 127 también se prevé la regulación del comiso ampliado, por su complejidad será examinado en otro acápite de esta investigación.

I. La pena: principal presupuesto del comiso.

Según la regla general prevista en el primer apartado del art. 127, el comiso está vinculado a la pena impuesta por el delito o la falta. Es decir, es una consecuencia accesoria de ésta y no de la infracción.[1] En lo relacionado con el delito, se requiere la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible,[2] no bastando la comisión de un hecho típico que no cumpla con los otros requisitos. La pena se convierte en el presupuesto para la aplicación de esta medida que *al menos en este párrafo*, tiene un carácter postdelictivo.

En el pasado, cuando el texto legal solo contemplaba la pena como presupuesto del comiso, la doctrina se mostró disconforme. Se cuestionó la imposibilidad de disponer el comiso en los casos en que los responsables se viesen exentos de responsabilidad por cualquier causa excluyente de la culpabilidad o la pena (v.g., causas de inimputabilidad o inexigibilidad).[3] La vinculación existente entre el comiso y la pena

[1] FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001, p. 276.

[2] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003, p. 1143.

[3] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* pp. 44-45; o Mapelli Caffarena, autor que expone al respecto: *"... el legislador exige para poder aplicarlo* (está refiriéndose al comiso) *no sólo que el reo haya sido inculpado por un delito o falta dolosos, sino que haya sido condenado en firme y se le haya impuesto una pena de la que el comiso resulta accesoria. Semejantes presupuestos dan lugar a que con la nueva regulación se den inexplicables espacios de imposible aplicación. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que el sujeto no es condenado por concurrir una excusa absolutoria o por ser inimputable pero queda acreditado, en cambio, que empleó determinados instrumentos para cometer los delitos. Al no castigársele con pena el comiso no puede ser aplicado. Sin embargo, algo tan irregular como es que la consecuencia del delito pueda afectar a terceras personas, es aquí perfecta-*

no se justificaba, pues los efectos e instrumentos mantenían su peligrosidad objetiva con independencia de que quien los emplease fuese un sujeto culpable. Del mismo modo, tratándose del comiso de las ganancias aquel extremo (ausencia de culpabilidad), o la imposibilidad de imponer una pena, no eliminaba la necesidad de impedir un enriquecimiento ilícito).[4]

Octavio de Toledo y Ubieto señaló que lo correcto era vincular el comiso al hecho previsto como delito (comportamiento típico y no justificado), es decir, al concepto de delito en sentido restringido.[5] Gracia Martín criticó la norma por impedir aplicar el comiso de acuerdo con su fundamento y finalidad, pues al exigir la imposición de una pena, en los casos en que no se decretase ésta, el comiso no podía proceder, incluso a pesar de que se tratase de un objeto peligroso y existiese la posibilidad de que se emplease de nuevo para cometer infracciones. A la inversa, también por la formulación del texto legal, el comiso debía aplicarse en supuestos fácticos en los cuales el instrumento empleado no era peligroso, ni había peligro de que se usase en el futuro para cometer nuevas infracciones.[6] Ramón Ribas por su parte, señaló que el comiso era un instrumento rígido desde dos perspectivas: porque era de imposición obligada una vez impuesta la pena por un delito o falta (lo que impedía valorar la efectiva concurrencia de la peligrosidad objetiva que es su fundamento) y porque tenía demasiados requisitos para poder decretarlo (imposición de una pena y en ese tanto, la declaración de culpabilidad de un individuo).[7]

---

mente imaginable cuando los bienes pertenecen a alguien distinto de la persona condenada." MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 51. Desde antes de que el comiso fuese catalogado consecuencia accesoria, Manzanares Samaniego señalaba que su presupuesto debía ser la acción antijurídica, sin necesidad de acudir a la culpabilidad. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 621.

[4] Este es el criterio de PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 986; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 7 y RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 653.

[5] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal." En: DIEZ RIPOLLÉS, et ál., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.,* p. 1143.

[6] *"Aun cuando el instrumento utilizado por el autor sea un objeto peligroso y exista la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para cometer nuevos delitos, no podrá ser objeto de comiso, según el art. 127 CP, si el autor del hecho, por ser por ejemplo un inimputable, es un sujeto incapaz de culpabilidad, pues en tal caso no se le habrá podido imponer ninguna pena. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que un menor de edad haya utilizado un juguete contundente para lesionar dolosamente a otro, y que se compruebe que el padre no ofrece garantías de que el juguete no pueda ser utilizado en el futuro por sus otros hijos para realizar nuevos hechos antijurídicos... La regulación del comiso en el art. 127 plantea, por otro lado, el problema inverso. Dicho precepto se expresa en un sentido imperativo y ordena que siempre que se imponga una pena deberá aplicarse también y además inexcusablemente el comiso de los instrumentos y efectos del delito. La aplicación del comiso en tal caso procederá aunque el instrumento utilizado no sea objetivamente peligroso ni quepa pronosticar la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para la comisión de nuevos delitos."* GRACIA MARTÍN, *et ál., Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 448.

[7] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 555.

Aunque se mantuvo la imposición imperativa del comiso de los efectos, instrumentos o ganancias con independencia de quién sea su titular[8] una vez decretada la pena por delito o falta (lo que sigue siendo un inconveniente, pues no se permite al operador jurídico conciliar la imposición del comiso con sus fundamentos y fines),[9] con la reforma introducida mediante LO 15/2003 la situación antes descrita se solventó. Desde entonces el comiso se *puede* ordenar (es un comiso facultativo), cuando a pesar de no haberse impuesto una pena (sea porque se eximió al acusado de responsabilidad criminal, o porque ésta se extinguió), se ha demostrado una situación patrimonial ilícita. De esta manera, la pena dejó de ser el único presupuesto para la aplicación del comiso.

II. Comiso sin responsabilidad criminal, asociado con una situación patrimonial ilícita.

El art. 127 CP requería la imposición de una pena para que el comiso tuviese lugar, lo que ciertamente provocaba problemas importantes al hacer depender su aplicación de una circunstancia ajena a la peligrosidad del bien decomisado, o a la necesidad de impedir un enriquecimiento ilícito. Con el propósito de solucionar esta situación, el legislador incorporó a través de la LO 15/2003 la posibilidad de que el juzgador acordase el comiso aun y cuando no se haya llegado a imponer una pena, sea porque el acusado fue declarado exento de responsabilidad criminal, o porque ésta se extinguió, siempre que quede acreditada la ilicitud de la situación patrimonial (art. 127.4).[10] Aunque la redacción de este apartado dista mucho de ser óptima, al menos supuso una flexibilización de la figura del comiso, toda vez que lo desvinculó de la pena y en consecuencia, de la declaratoria de culpabilidad que es su fundamento.

Dicho esto, hay que tratar de definir cuáles son los alcances de la norma. En primer lugar se trata de un comiso facultativo. A diferencia de lo que ocurre con el comiso que está relacionado con la pena, en este caso el órgano juzgador es quien

[8] Como bien indica Manzanares Samaniego, a partir de una sola pena se puede comisar todo cuanto sea producto, instrumento o ganancia, salvo que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente. De tal suerte, bien puede suceder que se comisen bienes de un titular que ha sido absuelto. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 927.

[9] Octavio de Toledo y Ubieto entiende que la transformación del comiso de pena a consecuencia accesoria no implica que se pueda imponer facultativamente, ya que el art. 127 lo prevé de forma imperativa y la excepción que se contempla en el art. 128 se limita a supuestos concretos. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 2.

[10] El art. 127, en su apartado 4, señala:
"El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita."

decide si impone o no la medida. En segundo término, recae sobre los mismos bienes que el comiso imperativo (efectos, instrumentos y ganancias). En tercer lugar, para su decreto se requiere que haya alguien que a pesar de ser imputado no fue sometido a pena. Si bien la norma usa la expresión *alguna persona*, no comparto la postura de García Arán[11] y Puente Aba en cuanto a que esta previsión solo sería aplicable en casos de participación plural en la infracción, en los que como mínimo se ha condenado a uno de los intervinientes.[12] Lo anterior porque no era necesaria una aclaración de este tipo, ya que según el texto anterior del art. 127 CP, decretada la pena procedía el comiso, sin que interesase el número de intervinientes, o que los bienes pertenecieran a una o varias personas, estuviesen o no dentro de esos intervinientes.[13] Aunado a esto, es claro que el propósito del legislador era autorizar la

[11] A pesar de que esta autora lo considera así, reconoce que: *"...para que este número aporte alguna novedad, debe entenderse que cuando algún imputado resulte exento de pena, el comiso podrá decretarse también en relación a sus bienes, efectos o instrumentos. Y si éste es el sentido del precepto, no se alcanza la razón por la que es necesario que haya varios imputados y no baste con que haya uno sólo."* GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.*, p. 963.

[12] Según Puente Aba la redacción del precepto genera dudas sobre su alcance: *"Al afirmar que el comiso podría decretarse aun cuando no se imponga pena "a alguna persona", parece darse a entender que no existe una auténtica pérdida de vinculación entre comiso e imposición efectiva de una pena, sino que únicamente en aquellos casos en que exista una pluralidad de autores, o autor/es más partícipe/s, cabría aplicar el comiso aunque no todos los intervinientes en el delito resultasen penados, pero verificándose siempre, al menos, la imposición de una condena a uno de ellos. Si el legislador quería excluir totalmente el requisito de imposición de pena como presupuesto de aplicación del comiso, debería decir que tal medida se decretará aunque no se imponga pena a persona alguna, esto es, a nadie, de forma que se pudiesen decomisar los bienes correspondientes en el caso de exención de pena o de extinción de responsabilidad criminal para todo el que ha intervenido en el acto delictivo."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.*, p. 987. Vid también PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.*, p. 8.

[13] En este sentido Ramón Ribas apunta: *"La loable intención del legislador no ha sido, pese a todo, afortunadamente traducida por la ley. En efecto, la redacción de ésta da a entender que si en la infracción hubieren participado varias personas, el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso pese a que no se hubiere impuesto pena, por estar exenta de responsabilidad criminal, a alguna de ellas, pero sí -o, al menos, así parece insinuarlo al tenor literal del artículo 127.3- a otra u otras o, por usar aquellos mismos términos, a alguna de ellas. Dicho de otro modo, el texto de la ley sugiere que la nueva previsión introducida sólo será aplicable en supuestos de participación plural en el delito, en los cuales, apunta, la exención de responsabilidad penal de alguno de los partícipes no impedirá que se acuerde el comiso de los bienes correspondientes. Evidentemente, no sólo no era ésta la intención del legislador, sino que ni siquiera era necesaria una previsión de esta naturaleza para conseguir el resultado explicitado. Esta posibilidad ya existía -ya existe, para ser más precisos- con el antiguo artículo 127, pues éste únicamente requería la imposición de una pena, el reconocimiento de que se cometió una infracción criminal, para decretar el comiso de los bienes que se hubieren utilizado en su ejecución o que fueren efectos o ganancias del delito, independientemente del número de partícipes en aquella infracción y de que dichos bienes pertenecieren a una o varias personas, se hallaren, o no, entre los referidos partícipes."* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, pp. 556-557. Léase igualmente RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo I, p. 784. Del mismo modo, Rodríguez Puerta indica que si bien cabe la interpretación hecha por Puente Aba, lo deseable es no excluir los casos más graves en los que hay un único autor que es declarado exento de responsabilidad criminal. RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.*, 3° edición, 2004, p. 654. Finalmente, Vizueta Fernández señala: *"Es como si el legislador, frente a las insistentes peticiones de la doctrina a*

imposición del comiso en un supuesto vedado a la luz del texto normativo precedente, en concreto cuando no se llega a imponer una pena, siendo intrascendente la cantidad de personas que figuren como acusadas, o la cantidad de ellas que han sido eximidas de responsabilidad criminal.

El apartado 4 del art. 127 CP contiene dos ejes temáticos. El primero versa sobre las causas por las que no se llega a imponer una pena (a saber, porque se declara al imputado exento de responsabilidad criminal o porque ésta se ha extinguido). El segundo sobre lo que debemos entender por *situación patrimonial ilícita*. Para ello, hay que estarse a las causales previstas en el Código Penal sobre el tema.

Las que eximen de responsabilidad criminal se contemplan en el art. 20 CP.[14] Son circunstancias que excluyen la antijuricidad o la culpabilidad de la conducta, con

---

favor de la desvinculación total del comiso de la imposición de una pena, nos dijera que la mayor concesión que está dispuesto a hacer al respecto es la de otorgar la posibilidad de decretar el comiso aun en los casos en que siendo varios los intervinientes en el delito, no se imponga pena a alguno de ellos por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. Esta idea encuentra un firme apoyo en la propia Exposición de Motivos cuando señala la posibilidad que tiene el Tribunal de acordar el comiso «incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal». No es ésta, sin embargo, la interpretación que debe hacerse de la nueva regulación, pues, en caso contrario, poco o nada se habría avanzado en relación con la anterior. Dejando a un lado que la redacción original del art. 127 no exigía como requisito para la aplicación del comiso la imposición de una pena a todos los intervinientes en el delito, una interpretación de la nueva regulación en el sentido arriba mencionado dejaría sin solución gran parte de los problemas señalados por la doctrina. No tenemos más que pensar en los supuestos en los que el delito se realiza por una única persona. Si a ésta no se le impone una pena por ser, por ejemplo, inimputable, o por concurrir una excusa absolutoria o una causa de extinción de la responsabilidad criminal, quedaría vedada igualmente la aplicación de cualquier clase de comiso. A la misma conclusión debería llegarse cuando existen varios intervinientes y, por alguno de los motivos expresados, no se impone una pena a ninguno de ellos." VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6643, Sección Doctrina, Año XXVIII, 2 de febrero de 2007, apartado I. Disponible en: http://laleydigital.laley.es.

[14] "Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal:

1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

1. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

2. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

lo cual lo único que podrá tenerse por demostrado según sean las características del caso concreto, será una conducta típica, o a lo sumo, típica y antijurídica.

El art. 130 del mismo cuerpo legal prevé las causas que extinguen la responsabilidad criminal.[15] Aunque esta disposición contempla supuestos que no modifican el hecho de que se ha dictado una pena (v.g., la prescripción de la pena, el indulto, o el cumplimiento de la condena); hay otros que en términos procesales pueden hacer improcedente cualquier valoración sobre la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad de la conducta. Por ejemplo, la prescripción del delito, o la muerte del imputado acontecidas en las primeras etapas del proceso; o el perdón del ofendido, otorgado antes de que exista un pronunciamiento sobre la conducta investigada. Esta situación problemática también podría presentarse en relación con las causas de exención de la responsabilidad criminal, pues contemporáneamente con esa situación (el decreto de la exención), debe declararse la situación patrimonial ilícita, lo que hasta cierto punto, supone un examen de las circunstancias del caso concre-

5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:
1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.
6. El que obre impulsado por miedo insuperable.
7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.
En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código."

[15] En lo que interesa, indica la norma:
"1. La responsabilidad criminal se extingue:
1. Por la muerte del reo.
2. Por el cumplimiento de la condena.
3. Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.
4. Por el indulto.
5. Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.
En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.
Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.
6. Por la prescripción del delito.
7. Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.
2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.
No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos"

to que ordinariamente solo se produce en la sentencia, tras la celebración del debate.[16]

Un problema adicional es qué se debe entender por *situación patrimonial ilícita*. *Prima facie* es imposible saber si esa expresión alude a una acción típica; a una acción típica y antijurídica; o bien a una acción típica, antijurídica, culpable y no punible. La doctrina nos ofrece toda clase de posturas que salvo mínimas excepciones[17] tienen un común denominador: la crítica a la norma por su imprecisión. Así p. ej., Zaragoza Aguado habla de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes *sustentada en su utilización con fines delictivos o en su procedencia delictiva*;[18] Aguado Correa es del criterio que el apartado 4 del art. 127 CP llega al extremo de avalar el comiso en casos donde únicamente existe una acción típica, pues entre las causas de exención de la responsabilidad criminal se contemplan algunas causas de justificación.[19] Este también es el criterio de Cortés Bechiarelli;[20] Núñez Fernández[21] o Ro-

---

16 Muñoz Cuesta considera que, tratándose de las causas de exención de la responsabilidad criminal, no habrá mayor problema para apreciar la situación patrimonial ilícita toda vez que las primeras en la mayoría de los casos, se aprecian en sentencia, *"lo que presupone la celebración de una vista oral donde se pueda haber solicitado por el Fiscal o la acusación particular el comiso y la defensa tiene todos los medios de prueba a su alcance para oponerse al mismo, ya que como es sabido en la imposición del comiso rige el principio acusatorio aunque no se trate de una pena."* MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* p. 296. Ahora bien, el que en la mayoría de los casos las causas de exención se valoren en sentencia y por consiguiente, también se pueda examinar en esa fase si se configura una situación patrimonial ilícita, no excluye que la exención pueda declararse en otro momento procesal, con lo cual el problema sigue subsistiendo, al igual que pasa con algunas de las causas de extinción de la responsabilidad criminal.

17 Muñoz Cuesta considera positivo que para el comiso baste con que concurra una acción típica. MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, ibídem,* p. 296.

18 ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 413.

19 *"Esta posibilidad, en los términos en los que está redactada, no puede sino ser objeto de algunas críticas. Por una parte, nos enfrentamos a un cambio en los presupuestos: el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica. Ni siquiera de una acción típica y antijurídica, sino que basta con la realización de una acción tipificada en el Código Penal para poder decretar el comiso. Y es que en el Proyecto se hace referencia a los supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal, exención que puede tener lugar no solo por la presencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino también por la concurrencia de alguna causa de justificación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 20 CP."* AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 7.

20 *"De la clásica definición académica del Derecho penal lo único trascendente a estos efectos es que la acción sea típica; el resto de atributos clásicos decaen en el presente caso en aras de la imposición del comiso a toda costa, observándose el mismo tratamiento para una exención de pena que afecte a la antijuridicidad o a la culpabilidad."* CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, op. cit.,* p. 125.

21 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 972. Este autor considera que el comiso procederá incluso en los supuestos de error invencible de tipo o de prohibición regulados en el art. 14 CP, con lo cual *"...el comiso exigirá al menos y en todo caso, la existencia de la parte objetiva del tipo de injusto...".*

dríguez Puerta.[22] En sentido contrario, autores como García Arán;[23] Manzanares Samaniego[24] y Ramón Ribas estiman que la expresión *situación patrimonial ilícita* alude a los casos en que, a pesar de haber una infracción de la norma penal, no existe una declaración de que esa infracción ha sido cometida culpablemente,[25] es decir, de hechos que constituyen un injusto penal pero en relación con los cuales no se configura el elemento culpabilidad. La concurrencia de una causa de justificación, por tanto, excluiría la aplicación del comiso.[26] Para Ramón Ribas, la interpretación adecuada de la ley lleva a soslayar la conclusión de Rodríguez Puerta en el sentido de que bastaría la adecuación de la conducta al tipo para que se pueda acordar el comiso: *"…la accesoriedad del comiso respecto del hecho descrito como delito en la ley podría adjetivarse como mínima… aunque quizá pueda entenderse, una vez más, desafortunada la previsión legal, y, por ello, estimarse indicada una nueva formulación, lo cierto es que cabe sostener, en mi opinión sin mayores dificultades, que la concurrencia de una causa de justificación impediría acordar el comiso, pues en tal caso la conducta no sólo no infringe la norma penal (como sucedería si, por ejemplo, se considerara atípica, lo cual, sin embargo, no implicaría necesariamente su conformidad a Derecho), sino que incluso resulta jurídicamente autorizada, ajustada, por tanto, a Derecho. La declaración de licitud de la conducta, de superior fuerza argumentativa a la mera declaración de su irrelevancia criminal, implicaría la imposibilidad de actuar cualquier consecuencia penal y, por consiguiente, el comiso, incluso si se aceptara que éste no es, en realidad, una consecuencia penal, sino administrativa o civil, ya fuere en todo caso, como entendía Gracia Martín, ya fuera en los supuestos de comiso de ganancias,*

---

[22] Según ella, pese a que la vinculación del comiso con la pena acarreaba problemas pues impedía decomisar los efectos, instrumentos y ganancias en los casos donde el sujeto activo no actuó culpablemente, o no se le podía imponer una pena (pese a que la peligrosidad objetiva de los efectos e instrumentos y la necesidad de evitar el enriquecimiento ilícito vinculado con las ganancias no depende de la culpabilidad o punibilidad del sujeto activo de la infracción), el texto de la norma no permite una interpretación clara en ese sentido. *"En primer lugar, como ya había sido destacado por la doctrina (Aguado Correa), porque el nuevo párrafo del art. 127 CP hace extensible el comiso a aquellos supuestos en los que el sujeto responsable del delito se encuentra exento de responsabilidad criminal. Esta referencia genérica a las causas de exención de responsabilidad criminal permitiría, en una interpretación gramatical de los términos empleados en el precepto comentado, dar cabida también a los supuestos en los que el sujeto autor del delito se encuentra amparado por una causa de justificación. Esta indeseable e injustificada extensión de esta consecuencia accesoria del delito debe descartarse, puesto que el comiso no puede vincularse al castigo o no de una persona sino a perpetración de un hecho antijurídico y a la peligrosidad de los objetos que sirvieron para cometerlo."* RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 654.

[23] GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 964.

[24] *"Concurriendo una causa de justificación plena, como la legítima defensa, no parece acertado acordar ningún comiso, en especial si los instrumentos u objetos provenientes del delito carecen de peligrosidad objetiva."* MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 930.

[25] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 557.

[26] RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 785.

como entiende por ejemplo, Puente Alba."[27] Éste también es el criterio de Vizueta Fernández. Entiende que aunque la interpretación literal de la norma nos puede llevar a la insatisfactoria conclusión de que el comiso cabe incluso en caso de conductas que aunque típicas son justificadas, lo que procede es hacer una interpretación restrictiva, que suponga exigir en todo caso la realización de una conducta típica y antijurídica.[28] Creo que por esa razón solamente ejemplifica con las eximentes de responsabilidad criminal que se relacionan con la culpabilidad.[29]

Otros autores formulan distintas conclusiones según se trate de las causas que eximen de responsabilidad y aquellas que provocan la extinción de ésta. Veamos. Saavedra Ruiz cree que el comiso no sería procedente cuando concurre una causa de justificación (p. ej., la legítima defensa, o el estado de necesidad justificante) y por tanto, el hecho antijurídico se desvanece. Dicho esto, entiende que si los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal, en concreto la muerte del acusado o la prescripción, acontecen antes del juicio, el comiso no sería procedente, pues éste requiere como mínimo de una resolución donde se tenga por demostrada la comisión de un delito.[30]

Vizueta Fernández apunta que ante la muerte del imputado, el comiso no podría ordenarse, ya que ese hecho supone también la extinción de la acción penal y por tanto no habrá juicio sobre la existencia del hecho típico y antijurídico. Estas valoraciones se aplican con independencia de que la muerte sobrevenga antes de iniciar el proceso penal, durante su instrucción, o incluso en la fase de debate. Situación distinta es que haya otros imputados, caso en el cual el proceso continuará y el órgano jurisdiccional tendrá la oportunidad de valorar si ha habido un hecho como mínimo típico y antijurídico, configurándose así el presupuesto para que proceda el comiso.[31] En relación con el perdón del ofendido y la prescripción de la acción penal, este autor afirma que si se invocan antes del juicio oral el comiso no cabe, ya que al extinguir la acción penal excluye toda discusión sobre los hechos. Distinto es que el perdón se otorgue en el debate, o que en esta fase se resuelva el tema de la prescripción. Si para entonces ya se ha evacuado la prueba y el juzgador tiene certeza

---

[27]RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 560.

[28] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado II. Autores como Serrano Gómez y Serrano Maíllo consideran que el comiso puede imponerse a imputados absueltos, *"siempre que se demuestre el origen del producto, las ganancias o la utilización con fines criminales."* SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* Madrid, Dykinson, 15° edición, 2010, p. 571. Entiendo que este comiso requiere para proceder un injusto penal y un enriquecimiento irregular. Si se configuran ambos extremos, el comiso puede proceder a pesar de que haya una sentencia absolutoria.

[29] Indica este autor: *"La no imposición de una pena a una persona por estar exenta de responsabilidad criminal puede deberse a que el sujeto ha obrado sin capacidad de culpabilidad o al amparo de una causa de inculpabilidad, a la falta de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una excusa absolutoria."* VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado II.

[30] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 846.

[31] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado III. 1.

sobre la existencia de un hecho típico y antijurídico, la sentencia absolutoria (motivada en el perdón), o la que resuelva sobre la prescripción, se puede acompañar de la imposición del comiso.[32]

Coincidiendo solo en parte con este autor, Puente Aba es del criterio que el comiso procederá en los casos en que se indulta al condenado, o en que conforme a la ley, el perdón del ofendido tenga eficacia extintiva, pero no en los casos de prescripción del delito, pues la prescripción supone la renuncia al ejercicio del poder punitivo después del transcurso de un periodo de tiempo tras su comisión sin que sea juzgado y por tanto, no va a existir ni juicio ni sentencia. Sobre la remisión de la pena, apunta que el transcurso del periodo de suspensión cumpliendo las condiciones impuestas, es equivalente al cumplimiento de la pena y en este caso la posibilidad de decretar el comiso carece de sentido, ya que existirá una sentencia condenatoria que debió contemplarlo. Por último, en relación con la muerte del reo, sostiene que el uso de la palabra *reo* lleva a concluir que quien fallece ya fue condenado en sentencia, con lo cual el comiso sería procedente. Situación distinta es la del imputado que muere antes de haber sido condenado. Si es el único imputado, la consecuencia de su muerte es que no habrá sentencia y el comiso solo se puede imponer en ésta. En cambio si son varios acusados y uno fallece, bien puede ser que el proceso culmine con una sentencia condenatoria que también abarque los bienes del fallecido, toda vez que la norma admite el comiso de bienes propiedad de terceros.[33]

Siguiendo con esta exposición de criterios doctrinales y tratándose de las causas por las cuales se declara extinta la responsabilidad criminal, Rodríguez Puerta cree que la procedencia del comiso dependerá de la naturaleza de cada causal.[34]

---

[32] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, ibídem,* apartado III. 2 y 3.

[33] *"... cuando se esté juzgando a un único sujeto y éste fallece en el transcurso del proceso, no cabría imponer el comiso sobre ningún bien, ya que estamos antes una medida que sólo se puede imponer en sentencia y, en el caso presente, no llegará a dictarse sentencia alguna: al no darse por probada la comisión de un delito, no puede afirmarse ni la procedencia ilícita de unos determinados bienes ni la peligrosidad de concretos objetos de cara a la posible ejecución de futuros actos delictivos. En cambio, en el supuesto de que varias personas estén siendo juzgadas y fallezca una de ellas, el proceso finalizará con una sentencia en la que, en su caso, se dará por demostrada la comisión de un delito y se especificarán los instrumentos empleados para ello y las ganancias obtenidas. En tal caso, sería admisible la imposición del comiso sobre bienes utilizados o conseguidos incluso por el acusado fallecido ya que, tal y como admite el propio art. 127 del CP, es posible el decomiso de bienes pertenecientes a terceros de buena fe no responsables del delito. Así, aunque no haya quedado desvirtuada la presunción de inocencia del sujeto fallecido, cabría decretar el comiso sobre objetos que se hallaban en su poder siempre que se haya probado, y así conste en la sentencia, que han sido empleados para cometer el delito o que se trata de ganancias de él derivadas."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 989. Vid también PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* pp. 9-11.

[34] *"Por último, el nuevo tercer párrafo del precepto comentado se refiere también a la posibilidad de confiscar efectos, instrumentos o ganancias en aquellos supuestos en los que se ha extinguido la responsabilidad criminal. En tales hipótesis la única condición que impone el Código es la de demostrar la situación patrimonial ilícita. Una vez más, el texto punitivo resulta vago e impreciso al equiparar, a los efectos del comiso, todas las causas de extinción de la responsabilidad criminal. La valoración que merece la citada mención va a depender de la naturaleza de la concreta causa de extinción de la responsabilidad penal. No puede ser lo mismo, en el ámbito del comiso, la muerte del reo, el indulto o la prescripción del delito o de la pena..."* RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la re-

No obstante esto, considera como regla general que el mínimo que se debe alcanzar para decretar el comiso en los casos de extinción de la responsabilidad criminal es una sentencia condenatoria, *"que pruebe la comisión de un delito, al margen de que se imponga o no la pena al sujeto."* Es decir, el comiso procederá cuando el sujeto responsable de la infracción hubiese sido indultado, perdonado por la víctima, o cuando hubiese prescrito la pena y no cuando hubiese muerto antes de haber sido juzgado, o hubiese prescrito el delito.[35]

Los problemas prácticos que se asocian con esta norma se pueden solventar según Muñoz Cuesta, de dos maneras. La primera, ante la necesidad de decretar el comiso por la muerte del acusado o la prescripción del delito, dictar un auto donde se resuelva sobre la existencia de la situación patrimonial ilícita que da pie al comiso, basándose en una petición del Fiscal o la acusación particular y admitiendo la prueba de la defensa en sentido contrario, con lo cual se salva el principio acusatorio.[36] La segunda opción (que este autor considera mejor), es estimar que si en el art. 127. 1 CP se habla de *toda pena* y en el art. 127.3 (en la actualidad art. 127.4), se usan las palabras *aun cuando no se imponga pena*, también en el segundo supuesto es necesaria la celebración de un juicio oral, contradictorio, con plena prueba y en el cual se demuestre la situación patrimonial ilícita. Si la muerte del reo o la prescripción acordada en fase de instrucción impiden la celebración de ese juicio, no podrá acordarse el comiso.[37]

Dicho esto corresponde tomar postura sobre este tema. Nótese que el legislador con la reforma introducida a través de la LO 15/2003 quería evitar que la comisión del delito pudiese producir *"el más mínimo enriquecimiento para sus autores y*

---

forma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 654.

[35] RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, ibídem,* 3° edición, 2004, p. 654.

[36] Según Muñoz Cuesta la forma de auto se prevé para la prescripción del delito, en concreto, cuando se habla de los artículos de previo pronunciamiento (arts. 666 y ss. LECrim). MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* p. 297. No obstante, nótese que el procedimiento allí previsto es para discutir sobre los temas que son objeto de artículos de previo pronunciamiento únicamente. Tan es así que en el art. 672 de la misma Ley se proscribe la prueba testifical. De esta manera, si se desea ampliar el ámbito de tópicos que se pueden someter a examen por esa vía, como lo sería la existencia o no de la situación patrimonial ilícita, sería necesario un cambio en la regulación procesal. La primera propuesta de Muñoz Cuesta es la contenida en la Circular N° 2/2005 de la FGE, que en lo que interesa, dice que cuando el proceso termine sin sentencia y se acredite la situación patrimonial ilícita, la autoridad judicial competente en cada caso acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, previa audiencia a quienes tengan intereses legítimos.

[37] Entiende que esta solución es la más acorde con la naturaleza del comiso, *"puesto que la carga negativa que supone el mismo, análogo a una pena, merece un proceso contradictorio que termine con sentencia, además en los supuestos previstos en el citado art. 127.3 no es preceptiva, sino facultativa, la imposición de la consecuencia accesoria, luego si procesalmente no es posible acordarlo ya que un auto no es instrumento procesal suficiente para ello y no se dicta sentencia, se deberá actuar por vías del derecho civil o administrativo para conseguir los mismos fines que se quieren alcanzar con aquel."* MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.*, p. 297.

partícipes."[38] Al incorporar la posibilidad de que el órgano juzgador decretase el comiso en caso de que no se hubiese impuesto una pena, lo que deseaba era evitar que las ganancias producidas por la infracción quedasen en manos del autor, el partícipe del hecho, o incluso de terceros, simplemente porque había concurrido alguna circunstancia que suponía la exención o extinción de la responsabilidad criminal, ya que lo anterior no desvirtúa el hecho de que esas ganancias se habían obtenido de una conducta que era contraria al ordenamiento jurídico. Lamentablemente, se cometieron errores en esa labor, pues en lugar de precisar cuál debía ser el precedente o presupuesto para aplicar ese comiso (como lo es la pena en el comiso imperativo contenido en el art. 127.1), se usó una frase cuyo contenido es incierto (a saber, *situación patrimonial ilícita*). Asimismo, no se consideraron las implicaciones (sobre todo de orden procesal), vinculadas con cada una de las causales que eximen o extinguen la responsabilidad criminal, que son claramente distintas.

Tomando en cuenta el propósito que perseguía el legislador español al hacer la reforma, no tiene sentido que este comiso se previese también en relación con los efectos e instrumentos, pues para estos carece de toda importancia la presencia o no de *una situación patrimonial ilícita*. El comiso de efectos e instrumentos se basa en el peligro que supone el bien a decomisar. Constatada esa peligrosidad (que puede ser intrínseca del bien, o de éste en relación con alguien), el comiso debería proceder, bastando con que el hecho sea típico y antijurídico, sin que tenga importancia si el sujeto ha actuado culpablemente, o si la conducta ha generado alguna ventaja patrimonial. En síntesis, aunque la reforma en examen ha tenido la ventaja de permitir el comiso de efectos e instrumentos en casos donde no se ha impuesto una pena (lo que es loable), la fórmula empleada por el legislador es incorrecta, al hacer depender este comiso de una circunstancia que no guarda relación con la peligrosidad del bien: la obtención de ventajas patrimoniales por el autor o partícipe de la infracción. Por eso subsiste la necesidad de una nueva reforma, dirigida a incluir la valoración del peligro del efecto o instrumento, así como también a admitir el comiso de estos bienes en los casos donde solamente se configure un injusto penal.

Dicho esto, veamos qué contenido se puede atribuir a la frase *situación patrimonial ilícita* en cada una de las causales de exención o extinción de la responsabilidad criminal. Tratándose de las primeras (causales de exención), el art. 20 nos enuncia algunas hipótesis en las que se excluye la culpabilidad del autor (y que en buena parte de los supuestos, se relacionan con la ausencia de imputabilidad) y otras en las que se excluye el carácter antijurídico de la conducta (p.ej., la legítima defensa). Para las primeras, el presupuesto del comiso será el hecho típico y antijurídico. Tratándose de las segundas debo admitir que de la relación de los artículos 20 y 127.4 CP, se puede desprender que ese presupuesto será el hecho típico. Sin embargo, esta interpretación -ajustada al texto de la ley-, supondría admitir el comiso de bienes procedentes de una conducta que no solamente no contraviene el ordenamiento jurídico, sino que además está avalada por él, atentando contra la naturaleza armónica de ese ordenamiento. Frente a esto, tenemos dos vías. Reconocer que el sistema es contradictorio, toda vez que en tanto concede al individuo el de-

[38] LO 15/2003, de 25 de noviembre, BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003, p. 41843.

recho de actuar de una determinada manera responde con una consecuencia tan grave como el comiso, o restringir la aplicación del art. 127.4 a los supuestos en los que el comportamiento, además de típico, es antijurídico y por consiguiente, entender que el comiso no se aplica cuando se configura alguna de las causales de justificación que prevé el art. 20 CP, posición esta última por la que me decanto, pues para determinar el ámbito de lo prohibido por el Derecho penal deben concurrir dos circunstancias: la concordancia de una conducta con el supuesto de hecho que está tipificado en la norma -tipicidad- y la ausencia de causas de justificación.[39] Solo en ese contexto podemos hablar de una conducta que sea antijurídica y de interés para el Derecho penal. En cualquier caso, debo reiterar lo necesario que es reformar el texto legal, para que el comiso (sea de efectos o instrumentos, sea de ganancias) quede supeditado a la existencia de un injusto penal en caso de no imposición de una pena.

Tratándose de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, el art. 127.4 solamente se aplica en relación con aquellas que pueden aparecer antes de la imposición de la pena (muerte del imputado, perdón del ofendido y prescripción del delito). Las que se pueden suscitar luego de la firmeza de la condena no son relevantes, pues al existir una pena, el comiso se debe regular de conformidad con lo preceptuado en el art. 127.1 CP. Dicho en otras palabras, el art. 127.4 está pensado para los casos en los que no se ha impuesto pena alguna y no para aquellos en que dándose ésta, con posterioridad se presentan circunstancias que la afectan. Así las cosas, son intrascendentes las causales referidas a la muerte del condenado (no del imputado, cabe aclarar[40]); la remisión definitiva de la pena; el indulto y la prescripción de la pena, todas hipótesis previstas en el art. 130 del Código Penal.

---

[39] *"... la primera condición que debe cumplir una conducta para ser calificada como antijurídica es que se trate de una conducta típica. Ahora bien, ésta es una condición necesaria pero no suficiente. En efecto, no todos los comportamientos coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidos por el Derecho penal, porque algunos se realizan en circunstancias que los justifican... y que, por ello, reciben el nombre de causas de justificación... para certificar la antijuricidad o prohibición de un hecho se requieren dos requisitos: uno de carácter positivo, como es la concordancia de ese hecho con el supuesto de hecho típico, (tipicidad) y otro de signo negativo, consistente en la ausencia de causas de justificación."* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* pp. 194-195. Por lo expuesto atrás, un sector de la doctrina considera las causas de justificación como elementos negativos del tipo, terminología que Berdugo Gómez de la Torre y los demás coautores de la obra citada no comparten, pues puede conducir a equívocos. Lo importante desde mi punto de vista, no es el nombre que se asigne a ese fenómeno, sino el fenómeno mismo: para determinar cuáles son los comportamientos de relevancia en el ámbito penal la tipicidad es una condición necesaria pero no suficiente, requiriéndose además la ausencia de causas de justificación.

[40] El art. 130.1 habla de la muerte del reo. Algunos estiman que el vocablo reo solamente se aplica al condenado, en tanto que otros lo entienden en un sentido más amplio, de manera que se pueda acudir a este precepto cuando no exista sentencia firme. Así, véase MORALES PRATS, Fermín. "Libro I: Título VII (Art. 130)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005, p. 692. Esta también es la opinión de Vásquez Iruzubieta: *"Reo significa condenado, aunque el efecto también alcanza al imputado, cuya muerte extingue el proceso."* VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio.* Madrid, Editorial La Ley, 2010, p. 335.

La muerte del imputado, como el perdón y la prescripción del delito, son causas de extinción de la responsabilidad criminal, lo que supone que el proceso no puede proseguir, sin embargo, eso no significa que no se pueda disponer el comiso en algunas ocasiones. Veamos cada caso. Ante la muerte del acusado sobrevenida en la fase de instrucción, corresponde dictar un sobreseimiento libre, de conformidad con el art. 637.3 LECrim. Si esa muerte se produce durante el juicio oral también corresponde aplicar esa causa de extinción (art. 115 LECrim), como señalan algunos, a través del dictado de una sentencia absolutoria.[41] En cualquier caso, no cabe tener por demostrado los hechos que se le adjudican, toda vez que eso supondría quebrantar su derecho de defensa, ya que hablamos de un imputado que por su muerte no asistió al juicio; no contó con patrocinio y no ejerció su derecho de audiencia y contradicción en relación con la prueba recabada en su contra. Y en consecuencia, el comiso no procede.[42]

Sobre la prescripción del delito, nótese que el art. 127.1 CP hace depender el comiso imperativo de la pena, con lo cual si ésta no se llega a imponer por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal, el comiso tampoco tendrá lugar. Por esto, puede argumentarse que este comiso tiene un plazo de prescripción, que es idéntico al de la acción penal.[43] La situación es otra con el comiso facultativo previsto en el art. 127.4 CP. Éste es básicamente imprescriptible. Según la norma, dicha medida procederá cuando habiéndose demostrado una situación patrimonial ilícita no se haya impuesto pena, por haber sobrevenido alguna de las causas de extinción de la responsabilidad criminal y dentro de las cuales se enlista la prescripción del delito.[44] A *contrario sensu*, pese a que prescriba la acción penal (y se dé la extinción de la responsabilidad criminal), el comiso se puede imponer siempre y cuando se haya demostrado una situación patrimonial ilícita. Esta facultad que se otorga en la ley sustantiva no es compatible con lo dispuesto en la normativa procesal penal, ya que de la relación de los artículos 666.3 y 675 LECrim, en el proceso ordinario la prescripción es una excepción de previo pronunciamiento cuya conse-

[41]VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado III.1.

[42] En ese sentido, p. ej., la STS N° 659/1993 de 22 marzo. Del mismo modo, en la STS N° 160/2003 de 24 febrero, se concluye que por la muerte del imputado no procede el comiso de una cantidad de dinero que se sospechaba procedía del tráfico de drogas.

[43] Manzanares Samaniego cree que el comiso no prescribe ya que surte sus efectos con la firmeza de la resolución judicial que lo acuerda. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 932. Creo que esta afirmación no es inconciliable con la expuesta en la investigación, ya que este autor no ha analizado el caso en que no se ha dictado una sentencia en la que se ordene el comiso.

[44] Esta es la posición de Pozuelo Pérez y Dopico Gómez-Aller: *"La opción por el comiso tiene adicionales ventajas político-criminales. Para ella no rige el plazo de prescripción del delito ni el de la pena, tal como establece el art. 127.3 CP (El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita). Por ello, aun en el supuesto de que cupiese eludir la sanción por la vía de la prescripción, con la regulación vigente cabe ordenar el comiso de los efectos y ganancias del delito."* DOPICO GÓMEZ-ALLER; POZUELO PÉREZ, "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado IV.

cuencia (de ser acogida) es un sobreseimiento libre,[45] que impide perseguir el delito al tener los mismos efectos que la cosa juzgada material. Del mismo modo, si la prescripción es declarada durante el juicio oral,[46] la consecuencia sigue siendo la misma, pues procederá absolver al acusado,[47] sin que sea posible valorar su conducta en términos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Como señala Vásquez Iruzubieta, la prescripción del delito *"…implica la inoportunidad de practicar un juicio de valoración sobre una conducta en razón del efecto destructor del tiempo, que empobrece el significado antijurídico de las acciones y omisiones punibles, impidiendo establecer de modo adecuado el juicio de reproche."*[48] Por tanto, si en razón de la prescripción el proceso no alcanza la etapa de juicio, o haciéndolo, no se puede apreciar por parte del órgano jurisdiccional una conducta típica y antijurídica por haberse articulado esa causa de extinción de la acción penal, no será posible disponer el comiso, ya que el injusto penal es su presupuesto.

Vizueta Fernández considera que si la prescripción es alegada en una fase avanzada del juicio oral el órgano jurisdiccional sí podría llegar a la convicción de que el acusado ha realizado una conducta típica y antijurídica, de allí que no habría inconveniente para que además de resolver sobre la prescripción, ordene el comiso.[49] Desde mi punto de vista tal interpretación es plausible jurídicamente, pues si bien la prescripción del delito impide obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto,[50] el art. 127.4 prevé una excepción a esa regla, autorizando al órgano jurisdiccional a valorar los hechos con el propósito de resolver sobre la imposición

---

[45] Según Cabedo Nebot, la solución lógica es sobreseer libremente por el art. 637.3 de la LECrim. CABEDO NEBOT, Ricard (Coord.). *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia.* Madrid, Edersa, Tomo II, 2000, p. 42.

[46] Pese a la letra de la LECrim, la doctrina y la jurisprudencia admiten pacíficamente que la prescripción puede ser declarada en cualquier estado del procedimiento, e incluso de manera oficiosa. Véase al respecto, GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el derecho penal*. Madrid, Dykinson S.L., 2003, p. 36.

[47] Así se desprende, por ej., de las SSTS N° 364/2009 de 8 abril y N° 374/2009 de 10 marzo. En igual sentido, Choclán Montalvo señala que la prescripción en la actual configuración legal impide la misma declaración de culpabilidad: *"Por la prescripción se extingue la acción penal para la persecución del hecho… Como es sabido, si falta un presupuesto jurídico-material de la punibilidad, procede la absolución, una vez finalizado el juicio oral."* CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 59.

[48] VÁSQUEZ IRUZUBIETA, *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, op. cit.,* p. 338.

[49] VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado III.3. Una posición más amplia es la de la FGE, que en la Circular 1/2005, afirma*: "En ciertos casos la apreciación de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal puede tener lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, lo que dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de sentencia sino la de auto. En tales supuestos los Sres. Fiscales deberán interesar del órgano judicial competente que acuerde en dicha resolución el comiso previsto en el art. 127.3, previo trámite contradictorio en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el art. 24 CE."*

[50] Señala González Tapia que con la prescripción lo que siempre estará vedado es *"la declaración judicial de la responsabilidad criminal o culpabilidad del autor y de los demás posibles intervinientes en el hecho… puesto que la prescripción… impide que en la sentencia se declare la culpabilidad o inocencia del autor, los hechos prescritos, en buena lógica, no puede ser considerados a ningún efecto."* GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal, op. cit.,* pp. 30-31.

de una medida cuyo fundamento y orientación teleológica es claramente distinto a la de cualquier pena o medida de seguridad. No obstante, lo que se echa de menos es una regulación procesal que permita articular esa respuesta, determinando con claridad cuáles serán los límites que debe respetar el operador jurídico al imponer el comiso, máxime si se tiene presente que el sobreseimiento adopta la forma de auto, con lo cual se estaría imponiendo una medida tan gravosa como el comiso en una resolución de esa categoría.

Tratándose del perdón del ofendido, el art. 130.5 CP señala que dicho perdón "*habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia…"* Es decir, este momento procesal (el dictado de la sentencia), es el último en el cual el perdón puede surtir efectos extintivos de la responsabilidad criminal. La norma no obstante, no señala a partir de qué momento se puede dar ese perdón, con lo cual debemos concluir que se puede otorgar en cualquier momento una vez iniciado el proceso. Dicho esto, es claro que si el perdón se otorga en las primeras etapas procesales y se dicta el sobreseimiento libre,[51] el juicio oral no tendrá lugar, con lo cual el comiso no podrá ser decretado, al no existir un pronunciamiento sobre los hechos y la responsabilidad del acusado en los mismos. Si ese perdón se otorga durante el juicio tenemos la misma coyuntura que con la prescripción, pues según sea el momento en que el perdón se otorgue y surta efecto, se habrá o no evacuado la prueba y en esa medida, el órgano jurisdiccional estará en condiciones de pronunciarse sobre la configuración de un injusto penal en el caso concreto (acción típica y antijurídica).[52]

No menos importante es incluir dentro del ámbito de aplicación del comiso, aquellos supuestos en los que no se impone pena porque concurren causas personales de exención que están contempladas en algunos tipos penales,[53] p. ej., las previstas en los arts. 177 bis.11;[54] 268; 305.4[55]; 307.3; 308.4; 426;[56] 462; 454 y 480.1

---

[51] Según Cabedo Nebot, bajo el art. 637 LECrim que regula el sobreseimiento libre, concretamente en su apartado 3, se incluyen las causas de extinción previstas en el art. 130 CP y dentro de las cuales figura el perdón del ofendido. CABEDO NEBOT, *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* p. 1170.

[52] En esta misma línea de ideas, señala Vizueta Fernández: *"Si el juez en el momento de emitirse el perdón no ha llegado todavía, por no haberse desarrollado suficientemente la fase del juicio oral, a la convicción de que el imputado ha realizado una conducta típica y antijurídica, no podrá decretar el comiso de los, todavía sólo presuntos, efectos, instrumentos y ganancias del delito. Sólo estará en condiciones de llegar, en su caso, a tal convicción cuando, al menos, se haya practicado la totalidad de la prueba. Por ello, en nuestra opinión, si el perdón se emite una vez finalizado el juicio oral, antes de que el Juez dicte la sentencia, no debería existir obstáculo para que en ella se constatase la existencia del perdón, y, por tanto, la extinción de la responsabilidad penal, y al mismo tiempo se decretara, de darse los requisitos del art. 127 del Código Penal, el comiso de los efectos e instrumentos del delito, o de las ganancias provenientes del mismo."* VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley, op. cit.*, apartado III. 2.

[53] Muñoz Cuesta, en su obra "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* p. 296, añade también las excusas absolutorias que eliminan la penalidad. Entiendo correcta esta inclusión, pues el hecho de que se contemplen en relación con tipos penales específicos no modifica su condición de causales de exención de la responsabilidad criminal.

[54] Éste incluye una cláusula que a la víctima de un delito de trata, la exime de la pena que corresponda por los delitos que haya podido cometer encontrándose en esa situación, lo anterior cuando concurran ciertas circunstancias. En un caso como éste, puede imponerse el comiso sobre los bie-

CP. Si el comiso se prevé para casos en los que se configura un hecho típico y antijurídico como mínimo, nada impide que se aplique en estos supuestos, donde se excluye únicamente la pena, con lo cual subsiste la declaratoria de responsabilidad criminal.

Siempre en cuanto al apartado 4 del art. 127 CP, el uso de la expresión *en este último caso* es inadecuado, toda vez que podría pensarse que la demostración de la situación patrimonial ilícita solo es necesaria cuando concurre una causa de extinción de la responsabilidad criminal. En realidad, al igual que sucede con cualquier elemento de un delito, los presupuestos del comiso siempre deben demostrarse. Para que el juzgador pueda concluir que hay una situación patrimonial ilícita (sea que haya operado una causal de extinción o exención de la responsabilidad penal, o que habiéndose declarado dicha responsabilidad no se llega a imponer una pena), es necesario que se haya probado ese extremo. Así las cosas, se puede prescindir de la frase mencionada.

De lo expuesto hasta este punto puedo extraer las siguientes conclusiones. Aunque creo que el legislador acertó al desvincular el comiso de la pena, la técnica legislativa empleada no fue la idónea. En primer término, porque el presupuesto que incorporó (la situación patrimonial ilícita), no tiene un contenido preciso, al punto que la doctrina se ha visto obligada a desprender su significado de las causales de exención y extinción de la responsabilidad criminal, obteniendo diferentes resultados, pues para algunos es sinónimo de hecho típico y para otros de injusto penal. Asimismo, porque para el comiso de efectos e instrumentos es intrascendente la *situación patrimonial ilícita*, que entiendo se relaciona con los beneficios de contenido económico, o en términos más precisos, con las *ganancias provenientes de la infracción*. Ante este panorama, es evidente que el art. 127.4 CP debe reformarse. La imposición del comiso de efectos e instrumentos debe supeditarse a la peligrosidad del bien (sea intrínseca o en relación con alguien) y admitirse en los casos en que solo se configure un injusto penal. El comiso de las ganancias también debería decretarse cuando se configure una acción típica y antijurídica y se demuestre un enriquecimiento injusto procedente de esa conducta.

---

nes de la víctima que a su vez tiene la condición de imputado por determinadas infracciones. Situación distinta es si la exención contenida en esa norma puede considerarse una excusa absolutoria, o una específica causa de justificación o exculpación. Al respecto MARAVER GÓMEZ, Mario. "La trata de seres humanos." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 330. Lógicamente, esto deberá determinarse antes de imponer el comiso, pues éste solo procederá si se configura el injusto penal.

[55] Según Morillas Fernández, la norma al hablar de exención de la responsabilidad penal se refiere a la exclusión de la pena. MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "Artículo 305." En: COBO DEL ROSAL, Manuel; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Comentarios al Código Penal. Segunda época.* Madrid, CESEJ, 2006, p. 51.

[56] Este artículo prevé la no imposición de la pena en el delito de cohecho cometido por un particular, cuando éste haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente por parte del funcionario y denuncie los hechos. Sobre esta excusa absolutoria, cfr. p. ej., POZUELO PÉREZ, Laura. "Los delitos contra la administración pública." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 599.

Finalmente, el art. 127.4 CP también es aplicable a las personas jurídicas, por lo que se debe tener en consideración lo señalado en el art. 130.2 CP. Según éste: "*La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*" Esta norma se puede fraccionar en dos partes. La primera, dirigida a garantizar que los cambios que experimenten las personas jurídicas no sean un obstáculo para que cumplan con sus responsabilidades penales. La segunda, a señalar que solo la liquidación de la persona jurídica (entendida según esta disposición, como un cese definitivo de su actividad económica y la pérdida de la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más importante de todos ellos) y no su simple transformación, fusión, absorción o escisión, se puede considerar causal de extinción de la responsabilidad penal. Ese supuesto -la liquidación de la persona jurídica- bien podría incluirse como uno más en el art. 130 mencionado, lo que permitiría solventar la crítica que Mapelli Caffarena hace en relación a este tema, a saber, que esta norma (el 130 CP) prevé causas de extinción y no hipótesis en las que ésta no se da.[57]

La jurisprudencia no valora positivamente el apartado 4 del art. 127 CP. Por ejemplo, en la STS N° 1146/2006 de 22 noviembre, se afirma que la mencionada disposición amplía la naturaleza represora del comiso, convirtiéndolo en una *cuasi* indemnización penal.[58] Entiendo que esta crítica es plenamente acorde con todo lo antes expuesto, lo que confirma la necesidad de su reforma.

III. Comiso como pérdida de derechos que integran un patrimonio.

El art. 127 CP indica que el comiso produce la pérdida de los efectos y ganancias provenientes del delito o falta, así como la de los bienes, medios o instrumentos con que éste se haya preparado o ejecutado. Para Manzanares Samaniego al enfatizar el vocablo *pérdida*, el legislador reconoce que esta figura se mueve en el ámbito de los

[57] Dos críticas hace Mapelli Caffarena a este apartado. La primera, que está referida a un problema de autoría y no a uno de extinción de la responsabilidad penal. La segunda, que el art. 130 lo que prevé son casusas de extinción y no los múltiples supuestos en los que no procede ésta. MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Artículo 130." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 523.

[58] *"Innovación legislativa que, destaca la doctrina, aun comprendiendo la ratio de la misma que apunta al complejo entramado con el que determinada delincuencia que determina la preservación de su patrimonio frente a sus condenables actos, cabe reflexionar desde el punto de vista exclusivamente técnico acerca de la finalística desnaturalización de la naturaleza del comiso, que extiende sus efectos sin la debida conexión típica con la responsabilidad penal, bien extinguida, bien declarada afecta de alguna exención, con lo que parece ampliarse la naturaleza represora del comiso, declara raigambre procesal preventiva, con la de una afección cuasi indemnizatoria penal, bien entendido que el uso del tiempo verbal «podrá» en este apartado 3º, permite un ejercicio tan facultativo como ponderado por el Juzgador."*

derechos reales pues no produce un crédito (como sucede con la multa), sino la pérdida del dominio con efecto definitivo,[59] la transmisión directa de la propiedad del bien a favor del Estado,[60] esto sin perjuicio del destino que se le asigne posteriormente. Esta conclusión es asumida por buena parte de la doctrina,[61] restringiendo así el comiso al derecho de propiedad,[62] lo que no comparto por los motivos que a continuación expondré.

No hay duda acerca de que el comiso afecta *el patrimonio* del condenado y en ocasiones el de otras personas, sean físicas o jurídicas. Ahora bien, el patrimonio, o al menos el patrimonio activo, es el conjunto de relaciones jurídicas activas o derechos que en un determinado momento conforman esa esfera.[63] El patrimonio no está integrado por cosas o bienes, sino por derechos,[64] concretamente por los de-

[59] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 249; MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 252; MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.,* p. 8; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 923.

[60] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 74; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de multa." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., Tomo 2, Doctrina, 1996, p. 1535.

[61] P. ej., FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, p. 993; REVILLA REVILLA, Eusebio. "La pena de multa." En: *Diario La Ley.* Editorial La Ley, Sección Doctrina, 1997, Tomo 4, apartado III. 1. Disponible en: http://laleydigital.laley.es, o Ayo Fernández. Éste llega a señalar que la pertenencia del bien debe entenderse en el sentido de propiedad sobre los bienes y no como mera titularidad de algún derecho de uso y disfrute de los mismos AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.,* p. 275. Hay excepciones a esta posición, v.g., Gascón Inchausti; Blanco Cordero y Mapelli Caffarena. El primero habla del comiso como el desplazamiento coactivo de la titularidad de un bien o derecho. GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 588. Vid. también GASCÓN INCHAUSTI, "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU, *et ál., El derecho procesal penal en la Unión Europea, op. cit.,* p. 219. El segundo, analizando el comiso de ganancias en el caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos, concluye que lo obtenido por la empresa es la adjudicación de un contrato administrativo, con los derechos y obligaciones que se derivan de él y que lo decomisable es el valor económico de dicha relación contractual. BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* pp. 68-69. De esta manera admite que el comiso puede recaer sobre bienes que son objeto de derechos diferentes al derecho real de propiedad. El tercer autor, al examinar el comiso por valor equivalente en una obra de reciente data, entiende que las ganancias pueden estar integradas por *meros aprovechamientos o privilegios y no por cosas materiales*. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 416.

[62] Salvo pocas excepciones, entre las que destacan las que acabo de mencionar, los autores estudiados no se pronuncian en cuanto al comiso de derechos diferentes al de propiedad.

[63] En este sentido, véase ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, pp. 475-476.

[64] Para Serrano Alonso y Serrano Gómez el patrimonio está integrado, entre otros, por "*…bienes en sentido amplio o general, incluyendo tanto los bienes materiales o cosas en sentido jurídico como los bienes inmateriales: energías en general, como puede ser el agua, electricidad, gas, etc."*, así como *"…los derechos de naturaleza real y obligacional."* SERRANO ALONSO, Eduardo; SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia.* Madrid, Edisofer S.L., 2011, p. 276. Con mayor precisión terminológica, señala Albaladejo, *"Aunque por licencia del lenguaje debida a brevedad*

rechos subjetivos patrimoniales.[65] El derecho subjetivo entiende Albaladejo, es el poder respecto a un determinado bien que el ordenamiento jurídico concede a la persona para satisfacer sus intereses dignos de protección.[66] El sujeto del derecho es quien está investido del poder en que el derecho consiste[67] y el contenido de ese poder depende de cada derecho.[68] V.g., el poder que tiene el titular de un derecho de propiedad es diverso al que tiene el titular de un derecho de usufructo.

Además de las cosas materiales (p. ej., un bien inmueble sobre el que recae un derecho de propiedad), son objetos de derecho todas las entidades sobre la que es posible tener el poder que el ordenamiento jurídico ha otorgado al sujeto. De esta manera, algunas cualidades del individuo son objeto de los derechos a la personalidad; los productos de la creación humana o también llamados bienes inmateriales; la conducta o determinados actos de los demás que son objeto de derechos de crédito y la participación de la persona en ciertas entidades, v.g., en una sociedad.[69]

Tratándose del comiso, son de interés los derechos que componen el patrimonio, a saber, los que otorgan a su titular un poder susceptible de valoración económica.[70] Así se extrae de la incorporación en el art. 127 CP del comiso por valor equivalente y el comiso ampliado. A mayor abundamiento, no se pueden imaginar hechos en los que p. ej., los derechos de familia (la potestad de un padre sobre su hijo), o los derechos de la personalidad (el derecho al honor), se puedan enmarcar en las categorías que prevé la norma (efectos, instrumentos y ganancias de la infracción). Situación distinta se da con los derechos corporativos, los derechos reales, los que pesan sobre bienes inmateriales, los derechos de crédito y los derechos de monopolio,[71] que además de ser derechos patrimoniales que, por definición, son con-

---

de expresión, se hable, a veces de que el patrimonio se compone de cosas o de bienes; en rigor, son los derechos sobre estos los que integran aquel (así, el derecho de propiedad, y no la cosa objeto del mismo).” ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 477. En igual sentido, Lacruz Berdejo indica*: “En todo caso, el patrimonio está integrado por derechos, reales o de crédito; no por cosas.”* LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General.* Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 3, 3° edición, 2005, p. 60. Finalmente, DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, reimpresión de la 9° edición, Vol. I, 1998, p. 383.

[65] El patrimonio solo está compuesto por los derechos con contenido económico. Así, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General, op. cit.,* Vol. 3, 3° edición, 2005, p. 60.

[66] ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 416.

[67] *“... aquella persona a quien el ordenamiento confiere el poder jurídico en que ese derecho consiste...”* LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General, op. cit.,* Vol. 3, 3° edición, 2005, p. 80.

[68] *“El contenido; es el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a cada tipo de derecho... no hay un contenido general aplicable a todo derecho subjetivo, el alcance y extensión de ese poder es distinto según el tipo de derecho que se trata...”* SERRANO ALONSO; SERRANO GÓMEZ, *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia, op. cit.,* p. 331.

[69] ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 420.

[70] *“Se habla de derecho subjetivo patrimonial cuando el derecho subjetivo otorga a su titular un ámbito de poder valorable o evaluable en dinero. Por lo general, los derechos subjetivos de carácter patrimonial encuentran fundamento en las propias necesidades de índole material del individuo y, por tanto, reflejan su situación económica.”* LASARTE, Carlos. *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I.* Madrid, Marcial Pons, Tomo I, 17° edición, 2011, p. 109.

[71] *“Derechos corporativos, que corresponden a una persona por formar parte de ciertas entidades (derecho a percibir su cuota en los beneficios de una sociedad, o a participar en las juntas de miembros y votar en ellas, etc.). Derechos reales, que recaen inmediatamente sobre una cosa corporal atribuyendo al titular un señorío sobre ella, bien total (como el de propiedad), bien limitado (como el usufructo, servidumbre, etc.). Derechos sobre bienes inmateriales o derechos sobre las creaciones del*

cedidos para satisfacer intereses económicos y que, a diferencia de los no patrimoniales,[72] son susceptibles de ser valorados en dinero, pueden encuadrar perfectamente en las mencionadas categorías.

Según Manzanares Samaniego, tanto las cosas como los derechos pueden ser objetos de comiso pues la norma no hace diferenciación alguna.[73] Tal apreciación es inexacta, pues el comiso no recae sobre *cosas o derechos* como ya señalé, sino sobre elementos individuales (en concreto, *los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción*), que constituyen el objeto de los derechos que integran el patrimonio activo del responsable de la infracción o de un tercero. Es decir, no se trata de una alternativa entre las cosas y los derechos en los términos que plantea Manzanares Samaniego, sino que las primeras (las cosas), al igual que otras entidades, son el objeto de los derechos que integran el patrimonio activo de alguien.

Ya centrándonos en el vocablo cosa, un sector de la doctrina considera que comprende *"…todo aquello que es susceptible de ser adquirido o transmitido, estando "dentro del comercio de los hombres" (art. 1271 CC), por revestir alguna utilidad o aprovechamiento para las personas. Dentro de dicha noción cabe considerar incluidas no sólo las cosas corpóreas y materialmente tangibles (p. ej. casas, coches, buques, animales, etc.), sino también -aunque la cuestión no está exenta de polémica doctrinal- las inmateriales (las obras del ingenio) y las que, como las energías, no pueden ser fácilmente aprehendidas físicamente… En realidad, lo que caracteriza a las "cosas" es, como dice el Código Civil, su "apropiabilidad" (o transmisibilidad); en definitiva, su aptitud para ser integradas en un patrimonio."*[74] Como se ve, cuando hablamos de la *cosa* hay que entender cualquier objeto corporal, así como los incorporales que son

---

espíritu humano, que recaen sobre la obra realizada por éste (derechos denominados por nuestra Ley, de propiedad intelectual, industrial, etc.). Derechos de crédito (también llamados derechos de obligación), que son aquellos que recaen sobre la conducta de otra persona, concediendo a su titular el poder de obtener de aquella una determinada prestación, es decir, de obligarle a que observe una cierta conducta (dar, hacer o no hacer alguna cosa; como transferir un objeto, prestarle un servicio, etc.). Derechos de monopolio, que son los que tiene aquellas personas a las que han sido concedidas determinadas exclusivas y otros privilegios." ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 422. Vid. también LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General, op. cit.,* Vol. 3, 3° edición, 2005, p. 78.

[72] Los no patrimoniales se dirigen a llenar intereses morales o ideales y no son evaluables pecuniariamente. ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, pp. 422-423. Una aclaración adicional, para que no se mal interpreten mis palabras: el que un derecho no se pueda medir en dinero no significa que no tenga efectos pecuniarios. Albaladejo cita como ejemplo el derecho al honor, pues quien lo quebranta ha de resarcir económicamente el perjuicio causado. *Ibídem.,* p. 423.

[73] *"… en el patrimonio se integran todos los derechos de contenido económico, sean o no reales, y… entre las acepciones de la palabra propiedad se halla la que la hace extensiva por igual a las cosas y derechos, habiéndose acuñado denominaciones como las de propiedad intelectual, industrial, etc."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 74.

[74] Esta es la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* p. 477. Según Albaladejo, *"Entidad material o no, significa que por cosa hay que entender no sólo los objetos corporales, sino también todo ser que, aun careciendo de un cuerpo sólido, líquido o gaseoso, pero teniendo una realidad perceptible por los sentidos (así, la electricidad), o incluso puramente ideal (así, una obra literaria: cosa inmaterial), es equiparado por el Derecho a aquéllos."* ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 484. Según la otra posición doctrinaria, el concepto de bienes es más amplio que el de cosas. P. ej., una idea es un bien aunque no una cosa. Sobre esta tesis léase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* p. 477.

equiparados por el Derecho. Por esta razón es claro que el comiso puede recaer sobre cosas corporales o incorporales siempre y cuando sean considerados efectos, instrumentos y ganancias de la infracción. Aunque la doctrina penal no profundiza en este tema, Mapelli Caffarena sigue esta línea de pensamiento, al indicar que los instrumentos susceptibles de comiso pueden ser cosas no tangibles.[75]

En suma, lo que es objeto de transmisión con el comiso no es el objeto decomisado, sino el derecho que recae sobre ese objeto y que no necesariamente es un derecho de propiedad. P. ej., A encarga a B cometer un homicidio y como pago le trasmite un derecho corporativo (pensemos en el derecho a recibir una cuota en los beneficios de una sociedad); o un derecho sobre un bien inmaterial (quizá sobre una obra literaria que acaba de escribir); o un derecho de crédito (concediéndole el poder de exigir a otro individuo una determinada conducta). Del mismo modo, los objetos del derecho real de propiedad no son los únicos susceptibles de ser catalogados como efectos, instrumentos o ganancias de la infracción, con lo cual el Estado puede adquirir a través del comiso, un derecho real diverso (v.g., un derecho de usufructo, que concede al titular un señorío parcial sobre la cosa corporal).[76]

El art. 127 CP indica que el comiso supone la *pérdida* de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción. La normativa supranacional habla del comiso como una medida que provoca la *privación definitiva de bienes*. Según lo expuesto *supra*, ambas expresiones deben entenderse como la *privación o pérdida del derecho patrimonial* que tiene el titular sobre un objeto que ha sido catalogado como efecto, instrumento o ganancia de una infracción y que no necesariamente es un derecho real de propiedad.[77] Un argumento adicional que da solidez a esta conclusión la encuentro en la doctrina civil, concretamente en la obra de los autores que han abordado el

---

[75] *"No necesariamente los instrumentos tienen que ser cosas tangibles, también puede ser decomisado un título nobiliario, utilizado por el reo para la comisión de estafas, un contrato de arrendamiento, un soporte informático o energía eléctrica si esta ha sido retirada del mercado con intención de desabastecer un sector."* MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 51.

[76] Recordemos que el ordenamiento jurídico considera derecho real tanto la dominación total que ejerce la persona sobre las cosas (derecho de propiedad), como a otras formas de dominación más limitadas, p. ej., el derecho sobre los frutos de la cosa (usufructo), o a obtener alguna ventaja de ella (v.g., la servidumbre de paso). LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales.* Madrid, Dykinson, Vol. I, 2° edición, 2003, p. 1.

[77] Aunque sin profundizar en esta temática, Gascón Inchausti nos ofrece algunos elementos que apoyan esta tesis, al decir que: *"Como consecuencia del decomiso, el Estado -u otro ente público- pasa a adquirir la titularidad del bien decomisado, en perjuicio de su titular anterior, que queda privado de aquélla; por ello, la privación de la titularidad no es más que una parte de un fenómeno más amplio de desplazamiento o traslado coactivo de la titularidad de un bien o derecho. Esta privación y desplazamiento de la titularidad del bien o derecho se justifican por la existencia de una doble vinculación: -En primer término, se ha de dar una vinculación entre el bien decomisado y un hecho antijurídico (habitualmente delictivo) que es objeto de castigo (normalmente en vía judicial penal). Esta vinculación entre el bien decomisado y el delito puede ser de varios tipos: así, se produce cuando el bien decomisado es un efecto del delito; también cuando es un medio o instrumento de preparación o ejecución del delito; se da igualmente cuando se trata de las ganancias provenientes del delito en cuestión; y son posibles, incluso, vinculaciones más indirectas (v.g., en relación con los bienes adquiridos con el dinero del producto del delito)..."* GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 23-24.

tema de los derechos subjetivos, pues distinguen entre la extinción del derecho y su *pérdida*. Con esta última palabra aluden a los casos en que el derecho es trasmitido a otra persona,[78] tal y como lo estoy argumentando aquí.

Las consecuencias de la trasmisión del derecho dependen según mi entender, de si la adquisición que opera a favor del Estado es o no *derivativa*. Tratándose de los efectos e instrumentos, la adquisición *es derivativa*,[79] pues para hacer suyo el derecho, la otra persona, sea física o jurídica, debe experimentar su *pérdida*. Y como la adquisición derivativa parte del principio básico de que nadie puede dar más de lo que tiene,[80] el Estado al disponer el comiso debe respetar los límites del derecho que disfrutaba el anterior titular, si es que existía ese derecho (lo común es que tenga derechos quien ha adquirido el bien conforme a las reglas del ordenamiento jurídico, aunque con posterioridad ese bien sea considerado efecto o instrumento de una infracción).[81] Me explico con un ejemplo. Si instrumento de la infracción es el objeto de un derecho de usufructo, el comiso no podrá suponer la pérdida del derecho de propiedad que sobre el bien en cuestión tiene un tercero, sobre todo si ese tercero es de buena fe. Sin embargo, sí podría abarcar el derecho de usufructo en las condiciones en que lo tenía el autor del hecho. Situación distinta es que, por razones prácticas, el Estado considere inconveniente decomisar un bien en estos términos, o solo se interese por aquellos casos en los que el comiso suponga el traslado a su favor de un derecho real de propiedad.

En lo relacionado con las ganancias de la infracción la situación es otra, pues el autor o partícipe de la infracción, o p. ej., el tercero en nombre de quien éste actúa, nunca tendrá un derecho de propiedad sobre esas ganancias. La infracción no es un

---

[78] *"En dicha línea, suele ser frecuente reservar la palabra extinción para la desaparición del derecho en sí mismo considerado; mientras que la pérdida vendría a significar que la titularidad del derecho pasa o se trasmite a otro sujeto... respecto de los derechos reales, la extinción propiamente dicha supondrá en la mayoría de los supuestos la desaparición física o la pérdida de valor de la cosa sobre la que recaen (caída de las gafas al mar desde un mirador; rotura del televisor; incendio en la caravana; etc.). Respecto de la pérdida del derecho, cabe afirmar que se da cuando es trasmitido a cualquier otra persona, sea cual sea la circunstancia o causa que sirve de base a dicha transmisión. Por tanto, en términos materiales, realmente el derecho lo ha perdido su titular, pero no se ha perdido en cuanto lo ostenta otra persona distinta."* LASARTE, *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I, op. cit.,* p. 114.

[79] La adquisición es originaria cuando no se basa en derecho anterior alguno, es decir, se adquiere un derecho *ex novo*, tal es el caso del cazador que se apropia del animal que ha cazado y que no tenía dueño. Así, ALBALADEJO, *Derecho Civil, op. cit.,* Vol. I, p. 425.

[80] ALBALADEJO, *Derecho Civil, ibídem,* p. 425. Por su parte, Carlos Lasarte señala: *"...la adquisición derivativa tiene lugar cuando el titular cede o transmite su derecho a cualquier otra persona (nuevo titular), quien pasará a ostentarlo, por tanto, a causa de la transmisión habida. Según ello, el nuevo titular ocupa la misma posición jurídica que tenía el anterior y, por consiguiente, el contenido y extensión de su derecho se mantiene en las mismas condiciones y circunstancias en que lo ostentaba el anterior titular."* LASARTE, *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I. op. cit.,* p. 111.

[81] En sentido contrario, quien no ha adquirido el bien conforme a las reglas del ordenamiento jurídico no tendrá derechos sobre él y en ese tanto, no podrá argumentarse que el comiso es una traslación de tales derechos. V.g., A compra un arma prohibida y la emplea para cometer un homicidio. El Estado al decomisar el arma no hace suyo el derecho de propiedad que el autor del hecho tiene sobre el arma. En realidad ese derecho nunca existió ya que el arma no está en el comercio de los hombres (art. 1271 CC).

modo de adquirir la propiedad (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconozca.[82] Todo lo contrario, el art. 1275 del Código Civil indica que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno. Por lo anterior, a pesar de las apariencias de titularidad que puedan presentarse, en realidad no hay un derecho subjetivo sobre los bienes[83] y ese tanto, la adquisición que efectúa el Estado no es derivativa en el sentido antes reseñado (pérdida de derechos y su traslación al Estado, con los límites que apunté atrás). En suma, el decomiso de las ganancias a favor del Estado no lesiona los derechos del autor o partícipe de la infracción, pues no se puede lesionar un derecho que no se tiene.[84] Con la adquisición, solo se está revirtiendo una situación patrimonial ilícita.

En cuanto al momento en que el *efecto* del comiso se produce, la doctrina se decanta por señalar el de la firmeza de la sentencia en la cual se dispone esta consecuencia accesoria.[85]

IV. Momento en que debe darse la titularidad del derecho afectado por el comiso.

La doctrina se cuestiona en qué momento debe darse la propiedad del bien objeto de comiso (y aclararía yo, la titularidad de los derechos que son afectados por el

[82] Comparte este criterio, BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "La "confiscación" del patrimonio proveniente del delito." En: *Cuadernos de Política Criminal.* Madrid, Editoriales de Derecho Reunidos S.A., N° 78-2002, p. 516.

[83] Así lo indica Choclán Montalvo: *"Pero sobre la ganancia no es posible constituir una relación jurídica de dominio, por lo que en ese caso, no es que los bienes se adjudiquen al Estado, sino que son ope legis del Estado, pues sobre los beneficios ilícitos, o sobre sus transformaciones, no puede invocar el acusado un derecho de propiedad, sólo una posesión natural."* CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 346. En igual sentido, véase BACIGALUPO SAGGESE, *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.,* p. 114 y CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, op. cit.,* pp. 116-119. Este último autor señala que el comiso de ganancias no priva de derecho legítimo alguno, a diferencia de lo que sucede con el comiso de instrumentos, que desde su óptica lesiona el derecho a la propiedad.

[84] Para Choclán Montalvo, la acción que ejerce en Estado en el caso de las ganancias *"toma la naturaleza de una acción reivindicatoria de bienes de los que es titular, pero son poseídos sin derecho por el acusado."* CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 346.

[85] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 84; MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 632. En otra obra Manzanares Samaniego indica que la legislación alemana, en concreto, en el §74 e) del Código penal, se prevé que el Estado adquiere la propiedad de la cosa o del derecho decomisado al producirse la firmeza de la resolución, lo anterior dejando a salvo los derechos de tercero (con excepción de los supuestos especiales, entre los que están los objetos peligrosos del §74.II.2). Hasta el momento de la firmeza, opera una prohibición de enajenación que favorece al Estado, de conformidad con el 136 BGB. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 526.

comiso) para que proceda éste: si cuando se comete la infracción, o al momento en que se dicta la sentencia.

Según Manzanares Samaniego, el comiso como pena exigía que el responsable criminal fuese ininterrumpidamente el dueño de la cosa desde que acontece la infracción y hasta la sentencia, básicamente porque en el binomio delito-pena, las sanciones se imponen en atención a una situación pasada.[86]

Esta conclusión perdió vigencia una vez que el comiso pasó a ser una consecuencia accesoria. Según Ayo Fernández, la medida puede recaer sobre un bien que el sujeto haya adquirido antes o después de cometer la infracción.[87]

Creo que Ayo Fernández lleva razón, aunque es indispensable hacer algunas observaciones. En primer término, hay que tener claro que el comiso puede imponerse sobre bienes de terceros salvo ciertas excepciones. Así dicho, al menos *en principio* cualquier bien, sea quien sea su titular, puede ser sometido a comiso cuando en sentencia se le considere un *efecto* (por ser un bien producido, transformado o manipulado desde la propia conducta constitutiva de la infracción), un *instrumento* (bien con que se comete o prepara la infracción), o una *ganancia* (utilidades o beneficios de contenido económico que provienen de la infracción). Esa condición (efecto, instrumento o ganancia) bastará, salvo algunas excepciones, para que proceda el comiso. Veamos algunos ejemplos. A es dueño de un arma de fuego permitida que B, sin conocimiento de A, emplea para cometer un homicidio. Posteriormente A la vende a B, cumpliendo con la normativa existente para tales efectos. El arma aunque no fuese del autor al cometer el hecho, puede ser decomisada pues no es de un tercero y tiene la categoría de instrumento. Si A al cometer el homicidio es dueño del arma de fuego y luego la vende a B, el comiso también será procedente

---

[86] *"Un ligero examen del artículo 48 podría hacer pensar que se mueven en un mismo plano temporal la imposición de una pena principal, con la que arranca la redacción del precepto, y el de la pertenencia al reo, pero dicha afirmación sería una verdad a medias. No negamos que el culpable deba ser el dueño de lo decomisado al tiempo de la condena, sino que añadimos a ese requisito el de la propiedad anterior. La declaración del artículo 48 se agota en el reconocimiento de que el comiso, como pena, solo puede imponerse a un responsable criminal, pero la necesidad de que éste tuviere la propiedad al ejecutarse la infracción se desprende del propio binomio delito-penalidad. Las sanciones, lógicamente posteriores a la conducta delictiva, descansan, sin embargo, en la situación pasada... En buena doctrina la penalidad no ha de variar, nacer o extinguirse por razones extradelictuales. Las excepciones al respecto son más aparentes que reales y,... se explican por la incidencia de otros principios. Así ocurre con la muerte del acusado (el sujeto pasivo de la pena ha de ser persona viva), y la enajenación del instrumento cuyo dominio se tenía al cometer el hecho (imposibilidad de penar a quien no es criminalmente responsable). Cuando se individualiza la multa según las condiciones materiales del reo al tiempo de fallar sólo se está manteniendo -con la adaptación a las nuevas circunstancias- la entidad de un impacto económico que arranca, sin restricción alguna, de la gravedad del delito y de la culpabilidad del reo en la fecha de comisión. No cabe parangón con el comiso de lo adquirido desde el delito, ya que en este caso sería la propia pena la que dependería del ulterior proceder del reo. En el particular supuesto de que la cosa, no embargada previamente, pasara a la propiedad de un tercero antes de la firmeza de la sentencia, el comiso acordado en el fallo sería correcto, si bien inejecutable. Valga de nuevo el símil del fallecimiento del reo. Recuérdese también que nuestro Código no conoce ni el comiso por subrogación ni la pérdida del valor de la cosa."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 79-81.

[87] AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.,* p. 274.

(salvo que concurran los supuestos que eximen de la imposición del comiso), pues la venta no elimina su carácter instrumental. Esto mismo se aplica con las ganancias y los efectos. *Lo importante no es quién sea el titular del bien al ocurrir el hecho, sino que ese bien tenga la condición de efecto, instrumento y ganancia. El bien pudo ser adquirido por el autor o partícipe del hecho antes o después de cometerlo, o inclusive nunca pertenecerle.*

Tratándose del comiso por valor equivalente la situación cambia, ya que los bienes sobre los que se aplica deben pertenecer a los criminalmente responsables del hecho. No obstante, creo que atendiendo a la lógica del precepto (que busca asegurar el comiso con bienes cuyo valor sea equivalente a los de aquellos directamente vinculados con la infracción que por cualquier razón no puede ser decomisados), habrá que entender que el autor o partícipe debe ser el titular para el momento en que se ordena el comiso, sin que se pueda exigir que lo sea desde la comisión misma del hecho.

Igualmente sucede con el comiso ampliado, pues recae sobre el patrimonio de los condenados únicamente, cuando en virtud de una presunción legal, el mismo se entiende relacionado con la criminalidad organizada o el terrorismo, pero no con el *concreto* hecho enjuiciado.[88] Desde mi óptica, los bienes decomisados pueden haber sido adquiridos por los condenados antes o después de los hechos condenados, básicamente por dos motivos. El primero, porque el art. 127.1 párrafo 2 CP no aclara si esas actividades criminales deben ser previas, simultáneas o posteriores a los hechos que se tienen por probados en sentencia, con lo cual se comprenden todas las hipótesis. El segundo, porque la incorporación de un bien al patrimonio del responsable criminal no necesariamente ocurre en el mismo período en que se comete la conducta. P. ej., A se dedica al tráfico de drogas. Los concretos hechos acusados y sometidos a juicio tienen lugar en el año 2009 y la sentencia, dictada en el año 2011, ordena el comiso ampliado de las ganancias que generó esa actividad durante el año 2008 y que A incorporó a su patrimonio -al menos formalmente- en el año 2010, al comprar un vehículo e inscribirlo a su nombre.

Repito, otro problema es que el comiso no proceda porque concurre alguna de las excepciones que prevé la legislación tratándose de bienes de terceros (buena fe, ausencia de relación con el hecho y adquisición legal del bien), mismas que serán analizadas a continuación.

V. Decomiso de bienes objeto de derechos cuyo titular es un tercero.

Una vez que el comiso perdió su carácter de pena, dejó de dirigirse contra la persona del condenado, para hacerlo contra los efectos, instrumentos y ganancias

[88] No se ha demostrado que sean ganancias, efectos o instrumentos del concreto hecho enjuiciado que también se relaciona con esos fenómenos criminológicos: delincuencia organizada y terrorismo.

de la infracción, persiguiéndoles con independencia de quién sea su titular, lo que supuso una ampliación del ámbito de aplicación de esta figura jurídica.[89] De conformidad con el art. 127.1 CP, impuesta la pena se procede al decomiso de los bienes que son considerados como efectos, instrumentos o ganancias de la infracción y no solo a los que teniendo dicho carácter, son propiedad del condenado.[90] De igual manera, en el apartado 4 del mismo artículo se prevé el comiso facultativo de los bienes citados *supra* cuando, a pesar de no haberse impuesto una pena, se ha demostrado una situación patrimonial ilícita, pertenezcan a quien pertenezcan.

En suma, el comiso debe imponerse sobre bienes que pueden pertenecer a un tercero, *salvo que se trate de un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*. Solo en caso de que el tercero reúna las tres condiciones antes mencionadas[91] (buena fe, no responsabilidad en el delito y adquisición legal) el comiso no tendría lugar. De esta forma, carece de interés si ese propietario fue quien usó el bien (p. ej., a pesar de ser partícipe en la infracción no fue él quien lo empleó), o si desconocía el uso que se le daba por parte de otros.[92] El comiso de bienes de terceros se convirtió en la regla, cuya excepción depende de la concurrencia de los factores antes mencionados.[93]

---

[89] Si el comiso fuese una pena, la confiscación de bienes de tercero carecería de sentido. Así MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.*, p. 76.

[90] *"... la imposición de dicha pena actúa como un presupuesto genérico del comiso: realizado, de forma culpable y punible, un hecho penalmente antijurídico, el comiso se proyecta sobre todos los bienes que constituyeren efectos del delito, instrumentos con que se hubiere ejecutado éste, o ganancias procedentes de él, con independencia, en principio, de quien fuere el titular de dichos bienes, de que dicho titular hubiere participado o no en el delito y, en el primero de estos casos, de que hubiese actuado culpable o inculpablemente."* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 534.

[91] Para Martín Pérez la norma prevé 4 requisitos: ser realmente tercero, ser tercero de buena fe, adquisición legal y no responsabilidad en el delito. Bastará con que no se articule uno para que el bien sea decomisable. MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 229. Martín Pérez se apoya en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, autor que ubica en el texto legal tres requisitos, bastando con la ausencia de uno de ellos para que proceda el comiso. Véase OCTAVIO DE TOLEDO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 2. Zaragoza Aguado por su parte, dice que solo ante dos parámetros se impide el comiso: que el bien sea de lícito comercio y que haya sido adquirido legalmente por tercero de buena fe no responsable del delito. ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 420. Léase también ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* pp. 33-34.

[92] En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 78.

[93] Véase en este mismo sentido SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.,* p. 331; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 532-533. Este último señala: *"Se arranca del comiso preceptivo de todos los instrumentos y productos del delito, así como de todas las ganancias provenientes del mismo (y éstas sean cuales fueran sus beneficiarios y transformaciones). Es después cuando por vía de excepción se excluye lo perteneciente "a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente." Con otras palabras, no se parte de la exigencia de la propiedad del reo para añadir luego supuestos concretos de extensión a la titularidad de terceros, sino que se arranca de un comiso indiscriminado en el que caben algunas excepciones atendiendo a la propiedad de terceros libres de todo reproche y, si se permite la expresión, con*

Acerca de si la ampliación antes descrita es favorable o no, encontramos posturas doctrinarias distintas. Para autores como Manzanares Samaniego supone un importante retroceso. Según él, el comiso de bienes de terceros se plantea como regla y debería ser una excepción. Del mismo modo cuestiona el empleo de la expresión *buena fe* (la considera imprecisa), así como el de la expresión *tercero no responsable del delito*, toda vez que el tercero que es responsable del delito no tendrá la condición de tercero. Finalmente, señala que la norma exige *pureza de sangre* en cuanto al modo de adquisición de la cosa,[94] lo que no es trascendente.

De manera diversa, Ramón Ribas señala que aunque la exclusión del comiso en relación con los bienes propiedad de tercero se formula como una excepción, ésta se configura con una proyección general: *"…no cabe comiso de bienes de terceros si éstos son de buena fe que los hubieran adquirido legalmente. A contrario sensu, si el tercero es de mala fe sí cabe, lo que en principio parece razonable, el comiso. En realidad la amplitud de la regulación española dependerá del significado que se conceda a los términos de buena fe. Si éstos se entienden en sentido similar a las excepciones previstas en el StGB, la desmesurada amplitud denunciada por Manzanares Samaniego se habrá limitado de lege lata."*[95]

Como expondré luego creo que la propuesta de Ramón Ribas no es el camino para solucionar los problemas que se plantean con el comiso de bienes de terceros. Aunque lo deseable es que éste sea una medida excepcional aplicable solo en ciertas hipótesis, estimo que la voluntad del legislador español ha sido otra. Además, el texto del art. 127 CP no da pie a interpretar que la frase *buena fe* alude únicamente a las situaciones en las que según la legislación alemana, cabe el comiso de bienes de terceros.

Lo que está fuera de discusión es que el tratamiento que da el art. 127 CP al problema de los bienes de terceros es desafortunado. La frase *"…a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente"* no señala al operador jurídico cuál es la voluntad del legislador. Además

---

pureza de sangre en cuanto a la adquisición de la cosa." Léase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 929 y GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 960. Aunque Prats Canut y Morán Mora señalan que para ordenar el comiso es necesario que los bienes sean propiedad del penado y que la medida no puede extenderse a bienes cuya titularidad corresponda a terceros no responsables del delito (sugiriendo así que el comiso solo por excepción recaerá en bienes pertenecientes a terceros), de seguido sostienen que los efectos e instrumentos solamente no se decomisarán *"si pertenecen a terceros no responsables del delito"*, con lo cual confirman mi postura: el comiso de bienes, incluso de terceros, es la regla y su no realización es la excepción. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, pp. 648-649, últimos párrafos de cada página. En sentido contrario, GUINARTE CABADA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.,* p. 662. Para él, el comiso de bienes de terceros es una excepción cuya procedencia requiere que concurran los tres requisitos mencionados.

[94] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 532-533.

[95] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 531.

de no saber qué significa tercero de buena fe, la inclusión de la frase *no responsable del delito* es ciertamente absurda, pues el responsable no puede ser realmente un tercero. Del mismo modo, se desconoce si el legislador contempló únicamente el comiso de bienes que han sido adquiridos por terceros con posterioridad al hecho, o también el comiso de aquellos que siendo de terceros previamente, han sido empleados en la infracción (p. ej., A pide a su padre B el vehículo de éste para salir a pasear. B accede. A emplea el vehículo para dar muerte a C, de manera dolosa). En un caso como éste, lo importante a efectos del comiso es la buena fe con que haya actuado B (entendida como se indicará más adelante) y no la forma en que éste haya adquirido el vehículo.

Quizá al mencionar la adquisición legal del bien, el legislador tenía en mente los casos en que esa adquisición sucede con posterioridad a la infracción. O sencillamente, quizá quería vincular el tema de la buena fe a la adquisición legal del bien. Fuese cual fuese su intención, lo cierto es que el texto de la norma dice otra cosa. Desde mi punto de vista plantea 3 requerimientos: la buena fe, la no responsabilidad del delito y la adquisición legal del bien. Estas exigencias deben interpretarse de manera excluyente, básicamente porque como ya mencioné, quien es responsable del delito no será tercero de buena fe y porque los bienes pueden haber sido adquiridos por el tercero antes o después de la infracción, con lo cual el tópico de la buena fe no necesariamente se relacionará con la pureza con que el tercero haya adquirido el bien luego de cometida la infracción.

Antes de analizar cada uno de los elementos antes apuntados (buena fe, responsabilidad en el delito y adquisición legal del bien) cabe hacer una última reflexión en torno a las personas jurídicas. La transformación del comiso en una consecuencia accesoria abrió la puerta al comiso de bienes propiedad de personas diversas a la del condenado por la infracción. Ese tercero indiscutiblemente puede ser una persona física o jurídica. A esta conclusión se llega si se considera que los bienes sometidos a comiso pueden pertenecer a una persona jurídica no vinculada con la infracción,[96] de ahí que no tenga sentido distinguir donde la ley no distingue (no distingue entre la persona del titular, a saber, si es física o jurídica). De igual forma, a diferencia de lo que sucedía tiempo atrás, con la LO 5/2010 se creó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con lo cual quien puede lo más (cometer delitos y por esa razón, ver su patrimonio sometido a comiso como consecuencia de la imposición de una pena), puede lo menos (ser considerado un tercero en relación con

[96] Señala Ramón Ribas que no se debe excluir de la categoría de terceros a las personas jurídicas. Según él, *"ni resulta obligado, ni sería... una decisión afortunada, pues provocaría, como advertía Gracia Martín, una indeseable laguna que inutilizaría el comiso como instrumento de política criminal, favoreciendo una sencilla elusión de las reglas del comiso, mediante su transmisión a personas jurídicas... En suma, dado, por una parte, que el comiso ha dejado de ser una pena, circunstancia ésta que relativiza la influencia que pudiera ejercer en este ámbito el principio "societas delinquere non potest", incapaz ahora de impedir la imposición de aquél, y, por otra, que la persona jurídica no puede ser responsable de delitos y sí, lógicamente, tercero no responsable y titular de los efectos o instrumentos del delito o de las ganancias por éste generadas, cabe afirmar la capacidad de la persona jurídica para constituirse en sujeto pasivo del comiso."* RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.*, p. 536.

la infracción, que ve su patrimonio sometido a comiso al no configurarse los supuestos que le eximirían de ello[97]).

A. Pertenencia a un tercero: derecho de propiedad sobre el bien decomisado.

El art. 127 CP solo contempla la situación del tercero *propietario* del bien que es catalogado como efecto, instrumento o ganancia de la infracción, no así la de aquel que tiene sobre el bien un derecho distinto al derecho real de propiedad. Se trata de un vacío legal difícil de colmar a través de la interpretación, de allí que debería operarse una reforma que contemple dicho extremo y que en relación con el derecho de propiedad del tercero, o cualquier otro derecho que se pueda ver afectado con el comiso, formule los mismos requisitos.

B. Tercero de buena o mala fe.

La expresión buena fe contenida en el art. 127 CP es claramente imprecisa. Tan es así que en relación con su contenido la doctrina ofrece toda clase de explicaciones. P. ej., Zaragoza Aguado habla de un comportamiento con sujeción a las normas de la ética[98] y Manzanares Samaniego niega su existencia cuando el tercero, a pesar de no ser responsable de la infracción, haya *"facilitado culposamente la ejecución proporcionando el instrumento comisivo, o… haya adquirido aquel o los producta sceleris conociendo su origen y, en consecuencia, su carácter inicialmente decomisable"*.[99]

En términos más generales, Ramón Ribas enmarca el tema refiriéndose a terceros que poseen ciertos conocimientos que generan un vínculo entre ellos y la infracción cometida.[100] Cerezo Domínguez exige un conocimiento directo (descarta el eventual o el imprudente), de que los bienes que posee proceden o fueron emplea-

[97] En sentido contrario, Mapelli Caffarena cree que no se debe admitir la aplicación del comiso contra personas que no han sido declaradas culpables cuando actuaron de mala fe, toda vez que el art. 129 CP no contempla esa posibilidad, de ahí que se trataría de una aplicación analógica contraria a terceras personas. Además el comiso es una sanción que debe estar sometida a las mismas garantías que las penas. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 418.

[98] ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 420.

[99] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 533.

[100] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 542.

dos en delitos concretos (con lo que descarta también el comiso de bienes cuando el tercero tenga la convicción de que proceden de unos delitos no determinados).[101]

Hay autores que relacionan expresamente el tema de la buena fe con la adquisición del bien. Saavedra Ruiz considera que el tercero de buena fe *"será aquel que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo."*[102] En este mismo sentido se expresa Peris Riera y Plá Navarro[103]; Aguado Correa[104] y el mismo Tribunal Supremo.[105] En sintonía con este criterio, García Arán entiende la buena fe como la condición que se da en aquellos que adquieren un bien creyendo que quien lo transfiere tiene capacidad para hacerlo y es dueño legítimo del mismo, de ahí que no tenga temor a que se discuta el dominio que adquieren.[106] También creen que el concepto de buena fe debe interpretarse en sentido *civilístico* Cuello Contreras y Mapelli Caffarena.[107] Este último autor señala que por buena fe se debe entender la creencia de que una cosa pertenece a una persona, sin intervención de fraude alguno, o de que el acto realizado es lícito o justo. No obstante esta apreciación, añade que en relación con el comiso es indiferente que el tercero sea consciente de la licitud civil del negocio jurídico por el cual se le han transferido los bienes, requiriéndose para afirmar que no existe buena fe, que el sujeto conozca (conocimiento directo y no eventual), que los bienes han sido efectos, instrumentos o ganancias de una infracción concreta, específica.[108]

---

101 CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 694.

102 SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845.

103 Para ellos el tercero de buena fe es aquel que sin participar en la infracción, ignore la procedencia ilícita del bien. PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, p. 960.

104 *"La buena fe puede consistir en la creencia de la inexistencia en el título de adquisición de vicio alguno que lo invalide (arts. 443 y 1950 CC)..., existiendo una presunción de buena fe (art. 434 CC) que debe enervarse."* AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* pp. 505-506.

105 STS N° 798/2008 de 12 noviembre. En ésta se indica que el tercero de buena fe *"sólo lo será aquél que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo."* En igual sentido véase la STS N° 1030/2003 de 15 julio.

106 GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 960.

107 *"El concepto de buena fe debe interpretarse en un sentido civilístico y no penal -conciencia de la antijuricidad-, de forma que la adquisición será de buena fe cuando se haga de acuerdo a los principios que la conciencia jurídica considera necesarios para asegurar las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones."* CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG, op. cit.,* pp. 371-372.

108 *"En el caso que nos ocupa es indiferente que el tercero tenga buena fe, es decir, sea consciente de la licitud civil del negocio jurídico por el que se le han transferido los bienes. Dejará de haber buena fe sólo cuando conozca que estos han sido o bien instrumentos para la comisión de un delito, efectos o ganancias del mismo. Sin embargo, se plantean dudas sobre si el conocimiento ha de ser cierto o sólo eventual y si ha de concretarse en unos hechos delictivos, los mismos que van a dar lugar a la condena o basta con la convicción de que proceden de unos delitos no determinados. Teniendo en cuenta que se*

Choclán Montalvo habla de buena fe como ignorancia de las circunstancias que permiten la confiscación[109] y Ayo Fernández de desconocimiento de la procedencia ilícita de los bienes.[110] Martín Pérez señala que puede considerarse que concurre la mala fe del tercero adquirente cuando tenga conocimiento del origen delictivo del bien, o de su condición de decomisable, incluso aunque no tenga un origen ilícito, o se haya representado la posibilidad de que así sea.[111]

Gracia Martín, distanciándose de los criterios antes expuestos, entiende la buena fe de forma distinta según se trate del comiso de efectos e instrumentos y el de ganancias. Tratándose del primero, habla de tercero de mala fe cuando no es capaz de garantizar el deber de vigilancia que tiene sobre un bien para evitar que se emplee en nuevas infracciones.[112] En el comiso de ganancias, la mala fe se presenta cuando el tercero adquiere el bien a sabiendas de su origen delictivo, o de un modo imprudente por el que previó o debió prever ese origen.[113] Como se desprende de lo

---

trata de una tercera persona ajena a la comisión del delito, exigir un conocimiento directo y concreto puede generar graves lagunas de punibilidad quizá no recomendables desde una perspectiva político-criminal. Ahora bien, con toda probabilidad los casos en los que se utilizan a terceras personas para ocultar bienes o blanquear ganancias en el marco de delitos macro financieros van a dar lugar a responsabilidad penal independiente para éstas (receptación, blanqueo, encubrimiento, etc.) por lo que se abren nuevas perspectivas de decomisar en condición de autor y no de tercera persona. Así pues la irregularidad y excepcionalidad de que una consecuencia penal del delito afecte directamente a terceras personas hace recomendable exigir con rigor las mínimas garantías que en este supuesto se concretan en el conocimiento directo y no eventual de que los bienes que poseen proceden o fueron utilizados en unos delitos concretos." MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52. Cree que la buena fe debe interpretarse en sentido civilístico, *"... la adquisición será de buena fe cuando se haga de acuerdo a los principios que la conciencia jurídica considera necesarios para asegurar las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones..."* MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito,* 5° edición, 2011, p. 412.

[109] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 55 y CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 129.

[110] AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.,* p. 275.

[111] MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 233.

[112] *"¿Será posible decomisar, por ejemplo, la escopeta de caza legalmente adquirida y cubierta por una licencia que ha sido utilizada por un sujeto distinto de su propietario para matar o lesionar a otro? En mi opinión la solución que se dé a esta cuestión debe extraerse de una interpretación del concepto de tercero de buena fe de acuerdo con el fundamento y la finalidad del comiso. Por tercero de buena fe en este contexto debe entenderse a mi juicio únicamente al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos. En caso contrario, decaerá el juicio favorable de buena fe y los objetos peligrosos de su propiedad que fueron utilizados para cometer el delito podrán ser decomisados. En el caso de delitos cometidos a través de una persona jurídica con instrumentos de la propiedad de ésta o que produzcan efectos para ella procederá el comiso de los mismos si los encargados de la vigilancia de tales objetos peligrosos no prestan aquella garantía."* GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* p. 449.

[113] Un problema particular se da cuando las ganancias se incorporan al patrimonio de un tercero. Gracia Martín considera que el tratamiento debe ser exactamente igual al caso en que son los mismos responsables del hecho los que obtienen la ganancia, pues en ambos casos ha existido un enriquecimiento ilícito como consecuencia de una infracción típica y antijurídica. Ahora, como el art. 127 CP exige que esas ganancias no pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito

anterior, para el comiso de efectos e instrumentos, este autor desplaza el centro de atención de la buena fe en la adquisición del bien a la buena fe en su vigilancia luego de cometida la infracción.

Al analizar el tema de la buena fe, debo empezar reiterando que su contenido es impreciso y por ende cualquier solución pasa por una reforma legal que acabe con este problema.

Hasta tanto no suceda lo anterior, es indispensable interpretar la expresión *buena fe* y para eso debo empezar examinando la normativa civil. El art. 7.1 CC señala que "*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*" El art. 433 de ese cuerpo normativo indica que es poseedor de buena fe el que "*ignora que en su título o modo de adquirir exista un vicio que lo invalide*", siendo poseedor de mala fe quien esté en el supuesto contrario. El art. 434 por su parte, dispone que la buena fe se presume siempre y que quien alegue la mala fe debe probarla.

Si trasladásemos estos conceptos al ámbito del comiso, obtenemos dos conclusiones importantes. La primera es que se alude a una adquisición del bien por parte del tercero que tiene lugar con posterioridad a la infracción. Por tanto, de *lege lata* no debería imponerse el comiso en relación con bienes que son del tercero con anterioridad a la comisión del hecho, incluso cuando éste los haya facilitado, p. ej., de manera imprudente. La segunda es que la buena fe supone ignorancia de las circunstancias que motivan el comiso del bien, o sea que éste constituye un efecto, un instrumento o la ganancia de una infracción. Si el tercero actúa con mala fe, si conoce esas circunstancias, el comiso será procedente. Además, puede ser que ese tercero también incurra en algún delito (p. ej., blanqueo de capitales, receptación, etcétera), caso en el cual el bien también será susceptible de comiso.

La normativa civil soluciona en parte el problema que se suscita en torno a la expresión buena fe contenida en el art. 127 CP. Sin embargo, el comiso de bienes de terceros no siempre recae sobre bienes adquiridos con posterioridad al hecho penal, sino que también se puede imponer sobre bienes que son de terceros al momento de la infracción y que siguen siéndolo después de ella. Así las cosas, la buena o mala fe también puede predicarse en relación con el tercero propietario de los bienes al momento del hecho. Por lo expuesto, pueden plantearse diversas hipóte-

---

que las haya adquirido legalmente, hay que considerar que *"La inexistencia de la buena fe se dará en el tercero cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podía haber previsto la posibilidad del origen delictivo, y entonces cabrá aplicar el comiso. En el primer caso, además, las ganancias ilícitamente obtenidas a sabiendas, se considerarán efectos del delito patrimonial o económico previamente cometido por otros y determinarán que el tercero adquirente doloso de tales ganancias sea autor del delito de receptación… Cuando no exista dolo ni negligencia estaremos ante un tercero de buena fe y no cabrá aplicar el comiso. Sin embargo, con ello no desaparece la situación de enriquecimiento sin causa. A mi juicio, en tal caso cabrá aplicar el art. 122, pues a pesar de la buena fe del tercero, su adquisición no deja de constituir una participación lucrativa de los efectos de un delito o falta, y aquí, a mi juicio, estamos ante un supuesto de responsabilidad civil objetiva."* GRACIA MARTÍN; et ál., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.,* pp. 454-455.

sis. La primera es que el bien haya sido empleado para cometer o preparar la infracción, o que haya sido transformado por ésta, sin conocimiento de ese tercero titular. Si de conformidad con las circunstancias del caso concreto, se puede concluir que éste ha sido diligente en la vigilancia del bien, su comiso no sería procedente. Situación diversa es que el tercero haya actuado con dolo o con imprudencia, poniendo a disposición del autor o el partícipe el bien que luego adquirirá la condición de instrumento o efecto de la infracción. Desde mi óptica en ambos casos es clara la relación que hay entre la conducta del tercero y la infracción cometida, sin embargo solamente en el primero podría hablarse de un tercero con responsabilidad en la infracción, sea que haya actuado con dolo directo o con dolo eventual. En el segundo caso, por ser una contribución imprudente, no podría atribuirse al tercero la condición de responsable del hecho, sino solamente un quebranto a sus deberes de vigilancia sobre el bien. La pregunta que surge es si se puede hablar de mala fe tratándose del tercero que ha favorecido de forma imprudente el hecho. Existen diversas posturas, algunas de las cuales se desprenden de lo expuesto líneas atrás. Autores como Manzanares Samaniego[114] creen que sí. Otros como Martín Pérez[115] y Choclán Montalvo creen que no, pues el ordenamiento jurídico penal español no extiende la confiscación a terceros que hayan contribuido de forma imprudente al hecho punible. Choclán Montalvo añade que incluir en la mala fe los supuestos de negligencia del tercero atenta contra el principio de legalidad; que el concepto de responsabilidad del delito no alcanza al favorecimiento imprudente fuera de los casos en que la imprudencia es en sí misma punible y que en todo caso, aunque hubiese responsabilidad por el delito imprudente, el art. 127 limita el comiso al delito o falta doloso, de allí que no pueda aplicarse el comiso a los casos de comportamiento imprudente del tercero. Además, considera que el hecho de que el tercero haya incumplido un elemental deber de cuidado debido no permite construir una responsabilidad penal por omisión.[116]

En este punto, es necesario hacer varias observaciones sobre lo expuesto por Choclán Montalvo. En primer término, señalar que el comiso no pretende sancionar al tercero, sino alcanzar determinados fines. Estos son los que se deben tomar como punto de partida para dar contenido a la expresión buena fe. Tratándose del comiso de efectos e instrumentos, podrá hablarse de mala fe cuando el tercero no está en condiciones de controlar el bien, evitando que pueda ser empleado para cometer nuevas infracciones. Si el tercero que contribuyó de forma imprudente con

---

114 *"No habrá buena fe cuando el tercero, aun si ser responsable criminal del delito doloso, haya facilitado culposamente la ejecución proporcionando el instrumento comisivo, o cuando haya adquirido aquél o los producta sceleris conociendo su origen y, en consecuencia, su carácter inicialmente decomisable. En este punto cabría llegar a una identificación con las previsiones alemana y portuguesa, pero sólo por vía interpretativa, con las imprecisiones añadidas por las posibles transformaciones en cadena y la inaceptable relación entre lo general y la excepción…"* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 532-533.

115 MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* pp. 234-235.

116 CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* pp. 58-59. Léase también CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* pp. 349-350 y CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 132-133.

la infracción no puede garantizar que lo sucedido no se repetirá, habrá que entender, tal y como apunta Gracia Martín que la buena fe ha decaído y por ende el comiso será admisible.[117] Se trata de un pronóstico de peligrosidad objetiva, entiéndase, un pronóstico que se relaciona con el efecto o instrumento de la infracción. En este examen, en el cual se ponderan las circunstancias del hecho y por supuesto, la imprudencia con que actuó el tercero, pues también es un elemento a tomar en cuenta para vaticinar lo que puede suceder en el futuro, lo determinante serán las garantías que ese tercero titular pueda prestar para que el bien no vuelva a ser empleado en la comisión de infracciones penales. De este modo, no se está construyendo una responsabilidad penal por omisión fuera de las hipótesis previstas en la legislación, pues *lo determinante no es la imprudencia con que actuó el tercero, sino las garantías que pueda dar de que controlará el bien a futuro*. La buena fe pasa del plano de la adquisición del bien al plano de la vigilancia del bien luego de cometido el hecho, lo que es acorde con los fundamentos y fines que persigue el comiso de efectos e instrumentos. Nótese además que la responsabilidad penal que tenga el tercero en el delito (y que ciertamente es nula cuando actuó de forma imprudente), no nos dice nada en relación con su mala o buena fe en los términos que señalé antes (vigilancia del bien con miras a prevenir nuevas infracciones penales). Para concluir, en la actualidad el comiso procede en relación con delitos tanto dolosos como imprudentes, con lo cual la observación de Choclán Montalvo en ese sentido carece de interés. En todo caso, creo necesario subrayar que con el comiso, al menos en teoría, no se pretende castigar al tercero, de ahí que incluso con un texto legal que contemplase el comiso solo en relación con hechos dolosos fuese plausible decomisar bienes del tercero que ha contribuido de forma imprudente con la infracción[118] cuando esa imprudencia (entendida como ausencia de controles sobre el bien, de manera que se evite su empleo en la comisión de infracciones) sigue manteniéndose. En suma, si los efectos o instrumentos siguen siendo peligrosos, su comiso debe proceder.

Tratándose del comiso de ganancias la situación es similar. Si el tercero las adquiere con dolo (sea directo o eventual), su mala fe está fuera de toda discusión. Aunque en principio ese tercero no tendrá la condición de *responsable del delito* que menciona el art. 127 CP (p. ej., A compra a B, en una suma irrisoria un inmueble que éste obtuvo a su vez de un delito), bien puede convertirse en el autor o partícipe de otros delitos (p. ej., receptación, blanqueo de capitales, etcétera).[119] Ahora, si ese

---

117 *"En mi opinión la solución que se dé a esta cuestión debe extraerse de una interpretación del concepto de tercero de buena fe de acuerdo con el fundamento y la finalidad del comiso. Por tercero de buena fe en este contexto debe entenderse a mi juicio únicamente al propietario de los instrumentos o efectos del delito legalmente adquiridos cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos."* GRACIA MARTÍN, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* p. 564.

118 En la STS N° 928/2003 de 27 de junio, se consideró tercero de buena fe al propietario de la escopeta empleada para cometer un delito de lesiones que había adoptado medidas para su custodia y no había autorizado al imputado, que era su hermano, para usar la misma. A *contrario sensu* de lo antes expuesto, creo que el TS podría admitir el comiso en caso de una conducta imprudente de parte del tercero.

119 P. ej., en la STS N° 1030/2003 de 15 julio, se concluyó que carece de buena fe la ex pareja del condenado que conocía las actividades ilegales del mismo y utilizaba recursos para la adquisición

tercero adquiere las ganancias por imprudencia, pues previó o debió prever su origen, la mala fe también existirá pues el desconocimiento de las circunstancias en que adquiere el bien le es atribuible.[120] Es importante recordar que el objetivo básico del comiso de ganancias es acabar con una situación patrimonial ilícita y que la conducta imprudente del tercero perpetúa esa situación. Situación diversa es que ese tercero no actúe de forma imprudente, pues en este caso no podrá atribuírsele mala fe y el comiso no sería procedente, lo que no significa que ese tercero pueda conservar las ganancias, ya que allí sería aplicable la figura prevista en el art. 122 CP.

Un problema adicional que se presenta con el empleo de la expresión buena fe está relacionado con las transformaciones (*cualesquiera que sean las transformaciones,* dice la norma) que los efectos, instrumentos o ganancias hayan podido experimentar. Ante las transformaciones, sobre todo de las ganancias, es complicado para el tercero determinar el origen de los bienes, de allí que esa disposición legal -que no pone un límite en cuanto al tema de las transformaciones, sino que las abarca todas- no logra compaginarse, o no sin dificultades, con la exigencia de la buena fe. Además, el requisito de la buena fe (claramente subjetivo), puede ser un obstáculo para el comiso en los casos donde lo que interesa es una cuestión puramente objetiva, p. ej., cuando la peligrosidad del bien debe bastar para justificar el comiso y el tema de la buena fe del tercero es intrascendente.

Finalmente, señalar que con base en el art. 434 CC mencionado, se concluye que la carga de la prueba acerca de la mala fe recae sobre la acusación.[121] Corresponderá a ésta demostrar que el tercero conocía la condición de decomisable del bien por su origen, o que lo adquirió con imprudencia, de un modo por el que previó o debió prever esa condición. Asimismo, de que el tercero no está en condiciones de garantizar el deber de vigilancia que debe prestarse sobre ciertos bienes para evitar su empleo en la comisión de nuevas infracciones.

C. Responsabilidad del tercero en el delito.

En términos generales, la doctrina coincide en que el tercero no responsable del delito es precisamente aquel que no tiene responsabilidad en el ámbito criminal. Así lo ha venido señalando Manzanares Samaniego desde que el comiso tenía la condi-

de bienes procedentes del tráfico de drogas. Se agrega que estamos ante un *"tercero aparente o simulado para encubrir el origen ilícito del dinero empleado mediante su transformación en bienes inmuebles, es decir, una verdadera operación de blanqueo de capitales."*

[120] En sentido contrario, García Arán cree que si el tercero cree, aunque sea por imprudencia, que los bienes tienen una procedencia lícita, es una extensión excesiva aplicar el comiso, de ahí que debería denegarse en estos casos. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 962.

[121] De esta opinión CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 56; MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 234; así como la STS N° 1030/2003 de 15 julio.

ción de pena[122] y lo reiteró una vez que adquirió el carácter de consecuencia accesoria: el tercero beneficiado no puede ser simultáneamente responsable del delito y esto es una obviedad traída de los viejos textos.[123] Esta es también la opinión de Ayo Fernández.[124]

Con argumentos adicionales, Ramón Ribas considera que en el concepto de tercero no responsable debe incluirse a los sujetos penalmente irresponsables, sean personas jurídicas o físicas. Para él, no solo son los que están desvinculados de la infracción, sino también quienes, *"siendo autores y partícipes, fueron absueltos por ausencia de antijuricidad, culpabilidad o punibilidad."*[125] En la misma línea se expresa Guinarte Cabada, señalando: "*La expresión «no responsable del delito» es entendida por la doctrina y la jurisprudencia como referida a la responsabilidad penal, y abarcará, en consecuencia, a quien no sea autor ni partícipe en el delito; por ello, no podrán ser decomisados los bienes que pertenezcan a un responsable civil subsidiario, y sí podrán serlo, en cambio, los que estén en poder de los partícipes, aun cuando ellos hayan resultado exentos de pena."*[126] Como se desprende de este texto, Guinarte Cabada estima el comiso de bienes de terceros como una excepción que solo procederá ante la concurrencia de los tres requisitos que hemos venido señalando.

Analizado el punto, creo que la interpretación que cabe hacer del art. 127 del Código penal es justamente la contraria a la que plantea Guinarte Cabada, a saber, que el comiso de bienes de terceros es la regla y la excepción depende de que el tercero además de haber adquirido legalmente el bien, sea de buena fe y no responsable en el delito, pues si pensásemos como él llegaríamos al extremo de hacer depender la imposición del comiso de una declaratoria de responsabilidad del tercero en el delito lo cual no tiene sentido, ya que de existir la misma no podría hablarse de un tercero -entiéndase, de alguien ajeno a la infracción- y mucho menos de un tercero de buena fe. Por este motivo puedo afirmar también que ese requerimiento (responsabilidad en el delito), sobra.[127]

En resumen, partiendo de un art. 127 CP que contempla como regla el comiso de bienes de terceros, entiendo que el tercero no responsable del delito es el sujeto

---

[122] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 76. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 631.

[123] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 533.

[124] AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.,* p. 275.

[125] RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 535 y RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 776.

[126] GUINARTE CABADA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.,* p. 662.

[127] En igual sentido al que expongo, señala Salas Carceller: *"El decomiso se realizará a no ser que los efectos o instrumentos pertenezcan a un tercero de buena fe, no responsable del delito, que los haya adquirido legalmente. Lo que en la fórmula legal aparece como un triple requisito para que pueda operar la excepción, es en realidad doble ya que resulta redundante la expresión "no responsable del delito" cuando evidentemente para ser adquirente de buena fe es necesario no haber participado en el delito de que se trate."* SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.,* p. 331.

que *no es responsable en términos penales de la infracción*, o en otras palabras, el que no tiene la condición de autor o partícipe de la misma. De lo contrario no podría hablarse de un tercero ajeno al hecho y menos cabría argumentar en relación con él la buena fe, por lo que el requerimiento en cuestión no es necesario. A diferencia de los autores que consideran la responsabilidad en la infracción como un requisito para el comiso, yo estimo que se trata de un criterio que opera negativamente, es decir, que permite excluir el comiso y que unido a la buena fe pierde razón de ser, ya que si se es responsable del delito ni se puede ser tercero, ni se puede tener buena fe.

D. Adquisición legal del bien.

Manzanares Samaniego cree que exigir al tercero haber adquirido legalmente las ganancias (y quizá también los instrumentos y productos), no es adecuado, pues implica mezclar el problema civilista del modo de adquirir el dominio con exigencias subjetivas. Además, la adquisición que describe la norma pareciera ser posterior a la comisión del hecho, con lo cual quedarían por fuera las adquisiciones de instrumentos por parte del tercero antes de su uso criminal. Para Manzanares Samaniego, lo importante con carácter general es si el tercero ha adquirido la titularidad dominical sobre el bien, ya que de faltar ésta, el comiso no recaería sobre bien de tercero.[128]

Aunque quizá el propósito del legislador era abarcar las adquisiciones de bienes posteriores al hecho y relacionarlas con el concepto de buena fe, la fórmula empleada en el art. 127 CP no excluye el comiso en los casos en que el tercero no ha adquirido legalmente el bien con anterioridad a la comisión del hecho. Por consiguiente, cabe el comiso de bienes en perjuicio de terceros que tenga como único sustento el modo de adquisición de un bien. Para entender esto, usaré el mismo ejemplo que cité páginas atrás. A adquiere un vehículo de manera irregular y B, su hijo, sin autorización de A y a pesar de la diligencia de éste en el cuido del bien, lo saca de la vivienda y lo usa para dar muerte a C, de manera dolosa. No existiendo mala fe en A y careciendo de toda relación con el hecho cometido por B, el único motivo para imponer el comiso del vehículo sería el apuntado (adquisición ilegal del bien).[129] Este problema es provocado por la misma norma, máxime que el comiso de un instrumento del delito debería depender de otros criterios que tampoco están contemplados en el art. 127 (la peligrosidad del bien, que en este caso no se configura pues el vehículo ni es intrínsecamente peligroso, ni se ha demostrado que A haya sido o será irresponsable en su vigilancia).

[128] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 533.

[129] Según Mapelli Caffarena, puede ocurrir que el comprador sea de buena fe pero que los bienes hayan sido adquiridos por un procedimiento ilegal (p. ej., comprárselos a quien no puede vender). Entiende que el texto legal parece partidario del comiso de esos bienes, solución que dará un alcance desproporcionado a la figura, equiparable con la responsabilidad civil ex delito. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 412.

Para solventar este problema, es indispensable una reforma legal. De momento y con el propósito de evitar que el comiso se apoye solamente en un tema de pureza en cuanto a la adquisición del bien por parte del tercero, podría interpretarse -hasta cierto punto, desconociendo la letra de la ley-, que el requisito de la adquisición legal del bien está referido solamente a las adquisiciones posteriores al hecho.

Resta profundizar en el significado de la frase *adquisición legal de un bien*. Tenemos dos opciones. Según la primera, entender que con esa frase el legislador se refiere a una adquisición que *no sea penal*, o bien *ilegal* desde el punto de vista administrativo.[130] La segunda supone interpretar que la adquisición legal del bien es aquella en la que se cumplen todos los requisitos que plantea la legislación para que el bien no pueda ser reivindicado de manera exitosa por quien se considera su dueño. Aunque esta última lectura se ajusta al tenor del art. 127 CP, supondría avalar el comiso en relación con un poseedor de buena fe usucapiente, pues éste no ha cumplido con todos los requisitos para que el bien sea irreivindicable por otro que se cree su propietario, lo que es un despropósito.

El TS ha optado por interpretar la norma de la manera que se apuntó primero, entendiendo que cabe respetar las adquisiciones legítimas hechas por terceros de buena fe aunque no se verifiquen en la forma y modos en que las legislaciones civiles y de comercio las hacen irreivindicables.[131] Con base en esto, algunos autores concluyen que ante la controversia en cuanto a la pertenencia de un bien a un no responsable criminal, deberá ser considerado dueño el poseedor que lo fuese al tiempo del comiso, sin que se puedan hacer presunciones en ausencia de pruebas por parte del poseedor sobre su pertenencia legítima (pues así se deriva del art. 448 CC). De esta forma, si los bienes pertenecen a un tercero de buena fe que los ha adquirido legalmente o *parece haberlo hecho*, no cabrá el comiso. Aunque las cosas se hayan adquirido sin cumplir las condiciones que señala la ley civil para su irreivindicabilidad, basta con la posesión para que no proceda el comiso.[132] A mi modo de ver esta conclusión es correcta, pues ciertamente, del art. 448 CC se extrae que en los casos en los que se discute la propiedad de un bien o derecho, la presunción de propiedad beneficia al poseedor actual demandado de reivindicación y no al reivindicante.[133] Finalmente, quiero aclarar que lo antes expuesto no impide que el comi-

---

130 Así lo interpreta GUINARTE CABADA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.,* pp. 661-662; SALAS CARCELLER, "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. CDJ, op. cit.,* p. 331; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 435 y FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, p. 987.

131 Véase la STS, 6 de abril de 1962 (RA 1820/1962). Citada por MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* pp. 231-232.

132 De esta opinión, YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 437 y MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 232.

133 *"La consecuencia jurídica, que se deriva del artículo 448, es la exoneración de la exhibición del título al que posee en concepto de dueño. De esta manera, el poseedor a título de dueño, beneficiado*

so se decrete cuando se demuestre con certeza que el tercero no es tal, p. ej., cuando se trata de un testaferro. Al respecto, léase el próximo acápite destinado al examen de la doctrina del levantamiento del velo.

E. Doctrina del levantamiento del velo.

Dos serán las premisas en este ámbito. La primera, que el titular aparente del bien sometido a comiso no es un tercero en los términos que señala el art. 127 CP. La segunda, que en el ámbito penal no se busca la verdad formal sino la material,[134] de allí que la titularidad formal de un bien no sea suficiente para resolver sobre el comiso. Por lo anterior, es plenamente aplicable la doctrina del levantamiento del velo,[135] que en lo medular sirve para desenmascarar entidades ficticias o reales (levantamiento del velo de personas jurídicas), creadas o empleadas para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas.[136] *"Con base en ella, no puede alegarse la separación de patrimonios de una persona jurídica y una persona física cuando, en realidad, son lo mismo, si con el desdoblamiento de personalidades se persigue un fin fraudulento."*[137] Ahora, el levantamiento del velo también puede plantearse en relación con personas físicas. Así se extrae v.g., de la STS N° 1074/2004 de 18 octubre.[138] Lo que importa

con la presunción, ejercitará las facultades y acciones dominicales frente a terceros sin más fundamento que la propia posesión. Ahora bien, si lo que se discute es la propiedad de un bien o derecho, la presunción de propiedad ex artículo 448 beneficia al poseedor actual que se vea demandado de reivindicación; en cambio, no beneficia al reivindicante -aun cuando éste alegue una antigua posesión a título de dueño- ya que la jurisprudencia exige siempre la prueba del dominio como uno de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria del artículo 348…" BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* p. 611.

[134] Véase en ese sentido la STS N° 952/2006 de 6 octubre.

[135] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845. Con la misma orientación, apuntan Prats Canut y Morán Mora: *"…el Derecho Penal no se contenta, como sucede en otros sectores del Ordenamiento Jurídico, con la verdad formal o aparencial,… busca, por el contrario, la verdad material, lo que realmente aconteció…"* PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, pp. 650-651. Léase también ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* pp. 34-35.

[136] *"La doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, que parte de la terminología anglosajona -Disregard (correr el velo) y la germana -Jurchgriff (penetración a través de)-, tiene como finalidad evitar el fraude de la pura fórmula jurídica que se utiliza para dar cobertura a situaciones patrimoniales ilícitas."* CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 368 y CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.,* p. 136.

[137] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 62; CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 368; MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 253. En igual sentido, vid. la STS N° 480/2009 de 22 mayo.

[138] Señala el Tribunal Supremo: *"La sentencia se encarga de «levantar el velo» y reputar a los recurrentes (en concreto al esposo) testaferro u hombre de paja de Manuel, lo que significa que desde el*

entonces es establecer que no hay dos personalidades distintas (sean físicas o jurídicas), sino una sola. Por tanto, al resolver el comiso se deberá considerar la situación patrimonial real del autor o partícipe del hecho y no su situación formal o aparente.

La constancia de propiedad en determinados Registros, sobre todo los de carácter administrativo puede no ser obstáculo para el comiso cuando se demuestra que el bien en realidad pertenece al autor o partícipe de la infracción.[139] P. ej., la matrícula de un vehículo a nombre de una persona diferente del responsable del hecho.[140] Lógicamente, tratándose de bienes muebles por lo dispuesto en el art. 464 CC[141] la apariencia de titularidad que deriva de la posesión es más difícil de destruir.[142] De igual forma, la jurisprudencia ha señalado que la titularidad administrativa no convierte a un tercero en un tercero de buena fe,[143] posición que es claramente de reci-

---

punto de vista objetivo no es titular de los bienes, sino que está encubriendo una titularidad ajena, concretamente de su yerno, el acusado Manuel. Los recurrentes son simples titulares formales de los bienes decomisados."

[139] Entiende la doctrina que: *"...una cosa es el título de propiedad civil y otra la atribución de la misma a efectos administrativos. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la LO 7/1982 de Contrabando, en su número 3°, habla de que caerán en comiso los medios de transporte con los que se lleve a efecto el delito "siempre que no pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquel." De tal suerte que cuando de los hechos probados se deduce que si bien, por ejemplo, la esposa no ha tenido participación en el delito, el hecho de la sola matriculación del vehículo no fundamenta una pertenencia o dominio privativo de la misma sobre el coche, puesto que se trata de un trámite administrativo y no civil. De otro lado tal argumento pugna con el principio general contenido en el artículo 1361 del Código Civil, que presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer (en este sentido vid. STS 13 de julio de 1985...)"* PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 649. Sobre el tema véase también AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 506.

[140] En las SSTS del 13 julio 1985 (RJ 1985\4097) y las N° 1240/1998 de 27 de noviembre; N° 613/2000 de 10 de abril y N° 798/2008 de 12 noviembre, el TS indica que la titularidad administrativa no es prueba del derecho de propiedad del bien (de los vehículos cuyo comiso se ordenó). De igual forma, en la STS 1592/2003 de 25 noviembre, se menciona que si bien el vehículo aparece a nombre de una sociedad de la cual el padre del recurrente es socio único, se ha demostrado que fue éste quien gestionó su adquisición y lo ha utilizado públicamente, lo cual permite considerarlo de su propiedad, más allá de la mera apariencia formal. En sentido contrario, en la STS N° 1370/1998 de 16 de noviembre se admite un certificado de la Jefatura Provincial de Tráfico para acreditar que el vehículo es del hermano del acusado y con base en él se dejó sin efecto el comiso.

[141] "Artículo 464.
La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea..."

[142] Así lo señala MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* pp. 251-252.

[143] En la STS N° 798/2008 de 12 de noviembre, se sostiene que la mera titularidad administrativa *"no puede convertir al titular sin más en tercero de buena fe pues sólo lo será aquél que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo, y en este sentido es perfectamente lícita la inferencia que lleve a una conclusión contraria a la concurrencia de la buena fe, como sucede en este caso teniendo en cuenta lo razonado en el párrafo precedente, lo que nos permite concluir que se trata de una titularidad meramente formal."* Creo que esta resolución confunde el tema de la buena fe con la

bo, pues la condición de titular no tiene nada que ver con la buena o mala fe que haya existido en la adquisición del bien.

En relación con los bienes inmuebles la situación es similar.[144] Si bien existe un principio de legitimación registral según el cual hay una presunción de titularidad a todos los efectos legales,[145] se trata de una presunción *iuris tantum*,[146] es decir, que admite prueba en contrario. Esto, claro está, siempre con audiencia al titular registral.[147]

Autores como Martín Pérez examinan cuidadosamente el caso en que los bienes han sido trasladados a terceros en fraude de ley, con el propósito de evitar el comiso y ocultar su procedencia ilícita. Él entiende con base en el art. 33 LH, que, como el negocio jurídico subyacente es nulo, cesa la protección registral.[148] Si bien el art. 34 LH prevé una protección para el tercero que adquirió basándose en la titularidad que se derivaba del Registro, se requiere que sea un verdadero tercero, que no sea testaferro y que adquiera de buena fe.[149]

---

adquisición legal del bien, lo que no sería adecuado toda vez que son requisitos diversos. Sin embargo, en lo que lleva razón es en que la simple titularidad administrativa no dice nada sobre la buena o mala fe del tercero.

144 En la STS N° 186/2007 de 15 febrero, p. ej., se avaló el comiso de un apartamento que el imputado adquirió a través de una sociedad para dar salida y apariencia de legalidad a las ganancias obtenidas del tráfico de drogas.

145 Artículo 38 LH: "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero…"

Ley Hipotecaria. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE N° 58, 27 de febrero de 1946.

García García apunta sobre este principio: *"El artículo 38 de la Ley Hipotecaria constituye el precepto básico del principio de legitimación registral, porque en él se contiene la formulación positiva de dicho principio, es decir, la presunción de que lo inscrito en el Registro existe y pertenece al titular registral en la forma que expresa el asiento…"* GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Artículo 38." En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999, p. 747.

146 MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 252; GARCÍA GARCÍA, "Artículo 38." En: ALBALADEJO; DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, op. cit.,* p. 749.

147 En igual sentido, MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* p. 252.

148 Artículo 33.

"La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes."

149 Artículo 34.

"El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya ins-

Comparto la perspectiva de este autor. Aunque el art. 33 LH indica que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, el art. 34 LH prevé una excepción a dicha regla.[150] Esta última norma consagra el llamado *principio de fe pública registral*, que en esencia *"protege al tercero que confía en la apariencia de la titularidad del transmitente, aunque éste no ostente una titularidad real o válida."*[151] Ahora, el art. 34 LH no se aplica a cualquier tercero, sino únicamente a aquel que tiene buena fe.[152] De esta forma, el principio de fe pública registral no favorece p. ej., al testaferro que solo tiene un título aparente, por lo que en relación con éste se debe aplicar el art. 33 LH, según el cual la inscripción no convalida el acto o negocio nulo. En cualquier caso, el TS reconoce que no hay inconvenientes para que un órgano jurisdiccional penal, con base en los arts. 6.3 y 1305 CC, declare la nulidad de esos actos o negocios y adjudique los bienes al Estado.[153]

El art. 20 LH[154] incorpora una medida cautelar aplicable en supuestos como los señalados, al indicar que en los procedimientos criminales se puede tomar anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, cuando a juicio del juez o el tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado (y no el titular registral), haciéndolo constar así en el mandamiento.[155] Entiendo que es una medida que además de asegurar un eventual comiso, protege a los terceros, estos sí de buena fe, que adquieren bienes bajo el amparo de la publicidad registral, evitándoles sorpresas desagradables.

---

crito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.
La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.
Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente."

150 GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Artículo 33." En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999, pp. 398-399.

151 GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Artículo 34." En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999, p. 422.

152 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1986, p. 595; GARCÍA GARCÍA, "Artículo 34." En: ALBALADEJO; DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, op. cit.,* p. 450.

153 Vid. STS, 2 octubre 1991 (RJ 1991\6977). De la misma opinión, ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* pp. 34-35.

154 Valora positivamente esta norma, PALOMO DEL ARCO, Andrés. "Asistencia internacional en la delincuencia económica", *op. cit.,* p. 144; ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 35.

155 "Art. 20
...En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento."
Ley Hipotecaria. Este texto fue incorporado al art. 20 LH a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo también puede ser una herramienta útil para demostrar la desproporción que pueda haber entre los ingresos legales y el patrimonio de los condenados por actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo por delitos cometidos en el marco de una organización criminal o terrorista.[156] Sobre esta forma particular de comiso volveré en el próximo capítulo.

La jurisprudencia ha admitido la aplicación de la teoría del levantamiento del velo en materia penal. Además de las sentencias ya mencionadas a lo largo de este acápite, es necesario referirse a la STS N° 867/2002 de 29 de julio (caso Banesto). En este proceso, se demostró que las personas jurídicas que decían ser titulares lo eran solo en apariencia y por eso se ordenó el comiso de las fincas adquiridas con las ganancias obtenidas con el delito. La resolución contiene algunas ideas básicas que conviene recapitular. La primera, que el levantamiento del velo admitido en otras áreas del ordenamiento jurídico como la civil o la laboral, se justifica más en la vía penal por la búsqueda de la verdad material que la caracteriza. En segundo lugar, que si los imputados han registrado a nombre de personas jurídicas los bienes procedentes de la infracción para sustraerlos de la acción de la justicia (con lo cual la titularidad que ejercen esas personas jurídicas es ficticia), sería un contrasentido reconocerle derechos a dicha titularidad. Una tercera cuestión a destacar en esta resolución, es la afirmación del TS en el sentido de que la persona jurídica no vio lesionado su derecho de defensa a pesar de no ser parte en el proceso, pues su titularidad sobre los bienes era solo aparente y el verdadero titular (el imputado que adquirió las fincas que terminaron adjudicadas a la sociedad que también era controlada por él), sí tuvo conocimiento de las peticiones de comiso y tuvo la oportunidad de defenderse. La condición de testaferro, subrayó el Tribunal Supremo, no genera derechos legítimos que el ordenamiento deba reconocer. Por último, la sentencia sostiene que *"…las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del art. 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."* Es decir, la sociedad puede acudir a la tercería de dominio o mejor derecho que de conformidad con el art. 996 LECrim, se resolverá conforme con lo dispuesto en la LEC. Con excepción de este último punto (que Cazorla Prieto supone un cambio jurisprudencial, ya que en tanto antes se buscaba eliminar cualquier indefensión, ahora se abre esta nueva vía para que el tercero haga su reclamo en otra jurisdicción, de manera que no se permita a los imputados hacerse con los beneficios de la infracción valiéndose para ello de las titularidades formales[157]), estimo que la decisión es

[156] En igual sentido, véase CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 7.

[157] *"Si antes se nos encaminaba a la formulación de conclusiones y práctica de la prueba para eliminar cualquier indefensión, aunque siempre limitada a la defensa de sus intereses, exclusivamente de sus derechos, o bien acordar, y por razones de analogía, la suspensión del juicio oral y la práctica de la pertinente instrucción suplementaria, para subsanar las posibles deficiencias advertidas en la fase de instrucción que afecten a la materia examinada (art. 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ahora -y nuevamente por las especiales circunstancias de estos "macro procesos" amparados en la complejidad de los actos de los importantes delincuentes de cuello blanco- se abre otra vía para dejar incólu-*

correcta, pues ciertamente, una vez acreditado que la persona jurídica no tiene una personalidad diferente a la persona física, no puede hablarse de la primera como si fuese un tercero. Dicho esto, la opción que se da al supuesto tercero de acudir a otra vía es cuestionable, ya que atribuye al comiso un carácter transitorio, cuando en realidad esta figura jurídica resuelve (o debería hacerlo), sobre la titularidad sobre los bienes de manera definitiva.

El Tribunal Constitucional también ha tenido la oportunidad de plantearse el tema. En el ATC 125/2004 de 19 de abril (al que dio lugar un amparo frente a la STS 867/2002 de 29 de julio ya mencionada), consideró necesario distinguir entre la apariencia formal y la realidad subyacente, así como aplicar la doctrina del levantamiento del velo cuando, de las pruebas se desprenda que la titularidad de las fincas es un mero decoro para presentar una realidad que no corresponde con la verdadera situación de los bienes. La condición de testaferro, señaló entonces el auto, no concede ningún derecho legítimo que el ordenamiento deba reconocer como tal. Lo extraño es que el TC dijese lo siguiente: *"…la pena de comiso no prejuzga eventuales titularidades civiles que puedan oponer terceros, no se ha negado que no sea titular civil legítima y el TS ha hecho explícito que ese eventual derecho de titularidad civil lo puede hacer valer en la vía civil…"* Concuerdo con Martín Pérez en que esta afirmación sorprende (como también la que hizo el TS en el mismo sentido), ya que le da al comiso un carácter provisional,[158] desconociendo que los tribunales solo aplican el comiso cuando hay pruebas para atribuir el dominio al autor o partícipe, no procediendo si hay dudas respecto a su titularidad. En efecto, si el comiso solo cabe en relación con bienes de terceros que han ejercido su derecho de defensa, o de terceros que lo son solamente en apariencia, requiriéndose en estos casos la destrucción de dicha apariencia, no puede argumentarse que el comiso penal no ha prejuzgado sobre la titularidad del bien y tan es así que entonces, en ningún caso habría indefensión del tercero, pues éste siempre tendría abierta la vía civil para discutir el tema. Creo que solo habrá indefensión si se ordena el comiso de un bien de un tercero

---

me, al menos de la vía penal, el que los responsables criminalmente de unos hechos no obtengan, no materialicen sus beneficios con excusas formales o de titularidad registral que encubran a verdaderos intermediarios que obren y ejecuten las órdenes de los delincuentes con el único fin de satisfacer sus designios de disfrutar de los beneficios o transformación de los mismos al amparo de su actuación ilícita, que suele contribuir a un importante deterioro en el patrimonio de los afectados del delito, e incluso, como en el caso de referencia, a la economía nacional." CAZORLA PRIETO, Soledad. "El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002. Caso Banesto." En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Tomo I, 2004, p. 84.

[158] *"La afirmación del TS supone otorgar al comiso la misma provisionalidad que al embargo, medida de aseguramiento que no exige certidumbre respecto al dominio del deudor sobre los bienes a embargar, pues se prevé que en caso de pertenecer el bien a un tercero no deudor, puede ejercitar una acción específica -la tercería de dominio-, cuyo único fin es el levantamiento de la traba de embargo que afecta al bien, no la recuperación del bien, función que corresponde a la acción reivindicatoria. Pero está solución no parece fácil extrapolarla al comiso, pues no hay una acción específicamente prevista para los terceros, y además se entremezclan la medida penal con las acciones civiles."* MARTÍN PÉREZ, "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución, op. cit.,* pp. 248-249.

cuando no se destruye esa apariencia (p. ej., a través del levantamiento del velo), o cuando no se le da audiencia al tercero como parte. No tratándose de estos casos, habrá que reconocer que el comiso resuelve de manera definitiva sobre la titularidad del bien, la mayor parte de las veces trasladando un derecho de propiedad a favor del Estado. Esta sería desde mi óptica la corrección que deberá hacer en próximas resoluciones, tanto el TS como el TC.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar el art. 130 apartado 2 CP que analicé hace algunos acápites. Se trata de una norma que introduce expresamente la doctrina del levantamiento del velo para a evitar la evasión de la responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas,[159] de manera que la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica condenada no equivalga a su disolución y por ende, la responsabilidad penal y en lo que aquí interesa, lo que se deba disponer en relación con las consecuencias accesorias, se pueda extender a las personas jurídicas resultantes. Del mismo modo, la norma da las pautas para entender cuándo la disolución ha sido solo aparente, en concreto, cuando se demuestre que la empresa sigue con su actividad económica y con los mismos clientes, proveedores y empleados o su parte más importante (segundo párrafo del art. 130.2 CP).

F. Copropiedad o titularidad de derechos compartida.

El art. 127 CP se refiere a la pérdida del bien como consecuencia del comiso, sin embargo no dice nada en relación con la propiedad u otro derecho -total o parcial- que tenga el titular sobre ese bien. Tratándose de casos de copropiedad,[160] si el art. 127 no distingue, habría que considerar plausible el comiso de bienes en la cuota que pertenezca al responsable (sea un interviniente en la infracción -autores o partícipes-, o un tercero).[161] Tema aparte es el de los problemas deberá enfrentar el Estado en su carácter de copropietario. En todo caso, siendo que la normativa civil recono-

159 En igual sentido, véase CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Art. 130." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 307.

160 Arts. 392 y ss. CC.

161 Con esta orientación CHOCLÁN MONTALVO, El *patrimonio criminal, op. cit.,* p. 61; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 657. Para Prats Canut y Morán Mora el comiso solo puede detenerse frente a la titularidad de una tercera persona ajena al hecho delictivo, de ahí que en los casos de titularidad compartida, cabe el comiso parcial de los bienes. Véanse también las SSTS de 16 de junio de 1993 (RJ 1993\5160) y la N° 198/2003 de 10 de febrero. Esta última, en lo que interesa, señala: *"Por lo demás, el comiso de las ganancias procedentes del delito habrá de decretarse parcialmente en los casos de titularidad compartida con persona ajena al hecho delictivo (véase STS de 16 de junio de 1993 [RJ 1993, 5160]), por lo que tampoco aparece obstáculo legal alguno para que se disponga tal medida cuando las ilícitas ganancias se invierten en un bien indivisible, parte del cual se ha generado con fondos lícitos y otra parte con dinero procedente del tráfico de drogas, de suerte que, conociéndose el importe de esta segunda aportación, habrá de disponerse el comiso de dicho bien en la parte que en ejecución de sentencia se determine proporcional a los 50.000.000 de pesetas invertidas en la construcción del inmueble en cuestión."*

ce que nadie está obligado a permanecer en comunidad, cualquier copropietario pueda pedir la división de la cosa común.[162]

Algunos autores reconocen que el comiso puede recaer, por ejemplo, sobre la nuda propiedad y que el usufructuario del bien conserve sus derechos.[163] A mi modo de ver también puede suceder a la inversa, entiéndase, que recaiga sobre un derecho de usufructo y que el propietario mantenga su derecho de propiedad sobre el bien. Arribo a esta conclusión pues el comiso como demostré, puede recaer sobre derechos distintos al derecho real de propiedad. Repito, otra cosa son los problemas que deberá enfrentar el Estado al ejercer una titularidad como la descrita.

Para Manzanares Samaniego no es factible el comiso de bienes gananciales toda vez que la copropiedad que aquí se da es de mano común[164] y solo tras la disolución de la misma, se individualiza el dominio sobre unos y otros bienes, llegándose a la copropiedad en los términos que admite el CC español. Entiende que, en otros ordenamientos, se cambia el acento de la propiedad a la disponibilidad, admitiendo el comiso de los bienes cuando el responsable de la infracción también tiene la facultad de enajenar.[165] En sentido contrario y con base en la STS de 13 de julio de 1985 (RJ 1985\4097), Saavedra Ruiz estima que sí procede.[166] Éste también es el criterio de Aguado Correa[167] y Gallego Soler,[168] siempre limitando el comiso a la cuota que corresponda al responsable. Además de la sentencia antes mencionada, hay otras que avalan el comiso de bienes gananciales. Así, la STS N° 1349/2002 de 19 de julio habla de un comiso reducido a los bienes privativos de la condenada y a *la parte que le corresponde* en los que tiene en comunidad con su cónyuge. También la STC N° 151/2002 de 15 de julio, que además contempla la posibilidad del cónyuge para poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial y limitar así la ejecución a la cuota del condenado, evitando cualquier efecto de la condena sobre su patrimonio.

Desde mi óptica, no hay obstáculo para decomisar los derechos que tenga el cónyuge responsable en la masa de gananciales. Como bien apunta el TC, los bienes gananciales de conformidad con el art. 1373 CC,[169] están afectos a la satisfacción de

---

[162] Art. 400 CC: "Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común."

[163] En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 82 y CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 61.

[164] *"...el comiso del objeto de una copropiedad... no cabría en la propiedad colectiva o de mancomún ("Gesamteigentum") donde la cosa pertenece a la colectividad sin ninguna división ideal en cuotas - pero sí en el "condominium iuris romani", que es precisamente la noción admitida en el Código Civil español..."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 81.

[165] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, ibídem,* p. 82.

[166] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845.

[167]AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 506.

[168] GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 299.

[169] **"**Artículo 1373.

Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes

las *deudas* propias de cada uno de los esposos. Según esa norma, cuando no se puede ejecutar *directamente* sobre los bienes comunes, lo anterior por ser *deudas privativas o propias de cada cónyuge* que no encuadran en ninguna de las hipótesis planteadas en los arts. 1365, 1366 y 1368 CC, como primera opción cabe el embargo de los bienes concretos que le sean adjudicados al cónyuge deudor tras la liquidación de la sociedad de gananciales, es decir, *sobre la cuota que corresponde al cónyuge deudor*.[170]

Si con base en el art. 1366 CC mencionado (que prevé las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges[171]), el TC le concede la categoría de *deuda* a una sanción de contenido económico como lo es una sanción tributaria y si la doctrina incluye dentro de las obligaciones extracontractuales las que se originan con la comisión de delitos y faltas,[172] nada impide predicar lo mismo en relación con una medida como el comiso, toda vez que éste se puede imponer sobre bienes cuyo valor sea equivalente a los que están directamente vinculados con la infracción.

Aunado a esto, por expresa indicación del artículo 1361 CC, la presunción de que son bienes gananciales los existentes en el matrimonio es de carácter *iuris tantum*. Consecuencia de lo anterior, si el Estado desea que el comiso se extienda a todo el bien ganancial deberá demostrar que además de ser un efecto, instrumento o ganancia de la infracción pertenece exclusivamente al responsable, o que también pertenece a alguien que carece de buena fe. Asimismo, si el cónyuge que no tiene relación con el hecho alega que el bien le pertenece privativamente, será el Estado quien deba desvirtuar lo anterior, entendiendo claro está, que una titularidad en algunos registros (p. ej., administrativos) no es prueba inequívoca de tal exclusividad.

---

gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.
Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal."

[170] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* pp. 1618-1619.

[171] "Artículo 1366.
Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor."

[172] *"Dentro de la categoría de las obligaciones extracontractuales deben incluirse no sólo las derivadas de ilícito civil, sino también las que proceden de un acto u omisión del cónyuge tipificado como delito o falta en el CP... Si bien, en este último caso, sólo serán imputables al patrimonio común las consecuencias civiles del delito, y no las condenas pecuniarias impuestas al cónyuge infractor (arg. principio de personalidad de la pena..."* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Código Civil, op. cit.,* p. 1611. Como se desprende de este texto y de las normas examinadas, se puede accionar directamente contra el patrimonio común únicamente en ciertas circunstancias. P. ej., las descritas en los arts. 1365, 1366 y 1368 CC. No siendo así (v.g., ante la comisión de un delito por parte de uno de los cónyuges que no beneficia a la sociedad conyugal, o que no se da en el ámbito de administración de sus bienes), la acción será solo en relación con la parte de ese patrimonio que corresponda al cónyuge responsable (y deudor, por consiguiente).

G. El comiso de bienes de terceros en otros ordenamientos jurídicos.

A diferencia de lo que sucede en España, en otros ordenamientos jurídicos el comiso de bienes de terceros es una excepción que opera solo en ciertas circunstancias. Las previsiones legales alemanas y portuguesas en torno a este tema son un buen parámetro de lo antes indicado.

En el Código Penal portugués de 1995 se dispone como regla general que *"la pérdida no tendrá lugar si los objetos no pertenecieren, al tiempo del hecho, a ninguno de los agentes o beneficiarios, o no les pertenecieren en el momento en que se decreta la pérdida."* (Art. 110.1). Como excepción, se indica que *"aunque los objetos pertenezcan a tercero, se decretará la pérdida cuando sus titulares hubieran participado de forma censurable en su utilización o producción, o hubieran obtenido ventajas del hecho, o cuando los objetos fueran adquiridos por cualquier título tras la realización del hecho, conociendo los adquirentes esa procedencia."* (Art. 110.2)[173] De esta manera, el comiso de bienes de un tercero se justifica por el vínculo de esta persona con el hecho, que puede ser incluso posterior a la ejecución del mismo.

En la legislación alemana la situación es similar, pues el comiso de cosas o derechos de terceros[174] no implicados en la infracción se limita a los casos en que ese tercero tiene con el hecho una relación desaprobada por el ordenamiento jurídico que también puede ser posterior a éste.

Tratándose de los instrumentos y productos, el §74 apartado a) contempla dos hipótesis.[175] La primera requiere que el tercero haya contribuido al menos ligeramente a que el bien haya sido medio o producto del delito, siendo intrascendente si esa imprudencia se da en relación con la conducta antijurídica del autor del hecho, o si se manifiesta como una falta de cuidado sobre la cosa.[176] La segunda es que el

---

[173] Código Penal Português.
Para Manzanares Samaniego, el art. 110.2 del Código penal portugués es de clara inspiración germana. MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 526.

[174] Nótese que la norma habla de derechos en general, no limitándose al derecho de propiedad.

[175] "§ 74a Erweiterte Voraussetzungen der Einziehung
Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so dürfen die Gegenstände abweichend von § 74 Abs. 2 Nr. 1 auch dann eingezogen werden, wenn derjenige, dem sie zur Zeit der Entscheidung gehören oder zustehen,
1. wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist, oder
2. die Gegenstände in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung zugelassen hätten, in verwerflicher Weise erworben hat."

[176] Así lo estima Manzanares Samaniego, quien también habla de imprudencia grave de parte del tercero: *"El primero es que éste (refiriéndose al tercero) haya contribuido al menos con grave imprudencia a que la cosa o el derecho haya sido medio o producto del delito, como ocurriría si se alquila un automóvil pese a las fundadísimas sospechas de que sería utilizado para una operación de contrabando. Es igual que la imprudencia grave se refiera a la conducta antijurídica del delincuente o se manifieste como una falta de cuidado sobre el uso de la cosa propia... este comiso solo cabe en un delito doloso, de manera que la exigencia al menos de imprudencia temeraria de tercero no responsable*

tercero haya adquirido el bien de forma reprobable y conociendo las circunstancias que daban pie al comiso en relación con el autor o partícipe del hecho.[177] En relación con las ganancias, el §73 señala que la medida recaerá sobre bienes de terceros únicamente en dos hipótesis, a saber, cuando el autor o partícipe haya actuado para otro y ha obtenido algo a través de ello (aquí el comiso supone la pérdida de la ganancia obtenida por una persona que no fue autora o partícipe del hecho); o cuando el tercero haya facilitado el objeto para el hecho, o al menos conociendo las circunstancias del hecho (este es el caso de quien proporcionó o prometió la ganancia al interviniente en el hecho).[178]

Fuera de los casos excepcionales en que cabe el comiso de bienes de terceros sin indemnización, tratándose del comiso de ganancias y el comiso punitivo, los derechos de terceros subsisten. La indemnización también se niega en el caso del co-

---

criminal se halla plenamente justificada." MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524. Igualmente Ramón Ribas señala que el comiso de instrumentos y productos solo es posible, según el §74 del StGB, cuando se haya cometido delito doloso. RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 529.

177 *"La segunda previsión -referida igualmente a la propiedad de la cosa o la titularidad de un derecho al acordarse el comiso- se contrae a la adquisición del objeto en forma reprobable y conociendo las circunstancias que hubieran permitido el comiso respecto al delincuente. Así lo entendió, por ejemplo, el BGH cuando un comerciante de coches de segunda mano compró el automóvil usado para una caza furtiva sabiendo que el autor deseaba desprenderse de él por temor precisamente al comiso. Aquí ya no basta la imprudencia temeraria del supuesto anterior, antes bien, se requiere el conocimiento positivo de que la cosa estuvo implicada, antes de su adquisición, en una acción criminal que justificaría su comiso. Se exige, además, que el adquirente haya actuado de modo "reprobable", lo que la doctrina y la jurisprudencia alemana interpretan como intención de favorecimiento al reo o enriquecimiento propio. También este comiso de tercero tiene un carácter cuasi penal lo que explica su conexión con un comportamiento cuasiculpable del tercero afectado."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 524-525.

178 "§ 73 Voraussetzungen des Verfalls
(1) Ist eine rechtswidrige Tat begangen worden und hat der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus ihr etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Verfall an. Dies gilt nicht, soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde.
(2) Die Anordnung des Verfalls erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Sie kann sich auch auf die Gegenstände erstrecken, die der Täter oder Teilnehmer durch die Veräußerung eines erlangten Gegenstandes oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder auf Grund eines erlangten Rechts erworben hat.
(3) Hat der Täter oder Teilnehmer für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser etwas erlangt, so richtet sich die Anordnung des Verfalls nach den Absätzen 1 und 2 gegen ihn.
(4) Der Verfall eines Gegenstandes wird auch angeordnet, wenn er einem Dritten gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder sonst in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat."
StGB.

Hablamos de dos excepciones, la primera excepción es la actuación por otro, el caso de la pérdida de la ganancia patrimonial obtenida por una persona que no fue autora o partícipe del hecho. La segunda excepción se relaciona con el tercero que proporcionó o prometió la ventaja patrimonial al interviniente en el injusto tipificado. Se conocen aquí dos modalidades, la ventaja patrimonial por el hecho y la concedida con conocimiento de las circunstancias del hecho. Así, RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 530; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 528-529.

miso de seguridad o aseguramiento y en el mismo comiso punitivo, cuando el tribunal dispone que el tercero deba soportar la pérdida de la cosa sin ese derecho.[179]

En resumen, de la remisión expresa al §74 a[180] (remisión que también supone una restricción para aplicar este comiso), se desprende que el tercero debe haber contribuido al menos ligeramente a que la cosa o derecho haya sido medio u objeto del hecho delictivo o de su preparación, o bien que el tercero haya obtenido la cosa o derecho de forma reprobable, conociendo las circunstancias que puedan dar lugar a su comiso o destrucción. De darse estas circunstancias el Estado no debe indemnizar al tercero.[181]

Este tema es bastante polémico, pues hay quienes consideran que este comiso es incompatible con la garantía que la Ley Fundamental de la República Federal Alemana otorga al derecho de propiedad: *"El carácter básicamente represivo y cuasipenal de este comiso haría muy difícil de compatibilizar la renuncia a una culpabilidad específicamente penal con el principio mismo de culpabilidad."*[182] Esta también es la postura de Jescheck y Weigend, según los cuales la extensión del comiso punitivo a personas que tienen relación con el hecho de forma tan lejana puede tener proble-

---

179 "§ 73e Wirkung des Verfalls
(1) Wird der Verfall eines Gegenstandes angeordnet, so geht das Eigentum an der Sache oder das verfallene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über, wenn es dem von der Anordnung Betroffenen zu dieser Zeit zusteht. Rechte Dritter an dem Gegenstand bleiben bestehen."

"§ 74 e Wirkung der Einziehung
(1) Wird ein Gegenstand eingezogen, so geht das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über.
(2) Rechte Dritter an dem Gegenstand bleiben bestehen. Das Gericht ordnet jedoch das Erlöschen dieser Rechte an, wenn es die Einziehung darauf stützt, daß die Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 Nr. 2 vorliegen. Es kann das Erlöschen des Rechts eines Dritten auch dann anordnen, wenn diesem eine Entschädigung nach § 74f Abs. 2 Nr. 1 oder 2 nicht zu gewähren ist."
StGB.

180 V.g., §§ 92 b apartado 2; 285 b II 2, 295.

181 "§ 74f Entschädigung
(1) Stand das Eigentum an der Sache oder das eingezogene Recht zur Zeit der Rechtskraft der Entscheidung über die Einziehung oder Unbrauchbarmachung einem Dritten zu oder war der Gegenstand mit dem Recht eines Dritten belastet, das durch die Entscheidung erloschen oder beeinträchtigt ist, so wird der Dritte aus der Staatskasse unter Berücksichtigung des Verkehrswertes angemessen in Geld entschädigt.
(2) Eine Entschädigung wird nicht gewährt, wenn
1. der Dritte wenigstens leichtfertig dazu beigetragen hat, daß die Sache oder das Recht Mittel oder Gegenstand der Tat oder ihrer Vorbereitung gewesen ist,
2. der Dritte den Gegenstand oder das Recht an dem Gegenstand in Kenntnis der Umstände, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung zulassen, in verwerflicher Weise erworben hat oder
3. es nach den Umständen, welche die Einziehung oder Unbrauchbarmachung begründet haben, auf Grund von Rechtsvorschriften außerhalb des Strafrechts zulässig wäre, den Gegenstand dem Dritten ohne Entschädigung dauernd zu entziehen.
(3) In den Fällen des Absatzes 2 kann eine Entschädigung gewährt werden, soweit es eine unbillige Härte wäre, sie zu versagen."
StGB.

182 MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525.

mas de constitucionalidad (por violación al principio de culpabilidad), máxime si se considera que no hay indemnización prevista por esa pérdida.[183] Manzanares Samaniego entiende que el comiso de instrumentos y productos que se pueden considerar peligrosos para la comunidad o que se pueden emplear para cometer infracciones (así, p. ej., venenos, explosivos, billetes falsos, etcétera), no debe ser objeto de polémica, pues la protección del artículo 14 de la Ley Fundamental cede ante el bien general, sin interesar quién sea el propietario. Se trata de un comiso indiferenciado, que no requiere culpabilidad en el autor del delito, bastando la simple tipicidad y antijuricidad. Tampoco se requiere que la propiedad o titularidad de la cosa o derecho sea al momento de su decreto, del autor o partícipe criminal. En suma, cree que éste es un supuesto contemplado en el §74, sin que se requiera acudir al apartado a) de dicha norma. El tercero no obstante, será indemnizado con el valor de mercado (74 apartado f).[184]

H. Toma de postura en relación con el comiso de bienes de terceros.

En primer lugar, el legislador debería tutelar todos los derechos que el tercero tiene sobre el bien considerado efecto, instrumento o ganancia de la infracción y no solo el derecho propiedad. También debería circunscribir los casos en que es admisible el comiso de bienes de terceros. En lugar de ser la regla, ésta debería ser la excepción.

El comiso de instrumentos y efectos como indiqué atrás, solo debería proceder en relación con instrumentos y efectos peligrosos intrínsecamente, o que lo son en relación con alguien (p. ej., el tercero titular no puede garantizar que cumplirá con su deber de vigilar las sustancias químicas o el arma de fuego que adquirió de forma lícita y que otro empleó para cometer la infracción). La procedencia de este comiso (llamado de seguridad o aseguramiento), a mi modo de ver carece de polémica, pues cualquier derecho de propiedad que se invoque sobre el bien cederá ante la necesidad de garantizar la seguridad colectiva. Precisamente por este motivo, en el comiso de seguridad es intrascendente quién sea el titular del bien (si el autor o partícipe del hecho, o un tercero).

La legislación española contempla un comiso de efectos e instrumentos de carácter punitivo (pues como indiqué atrás, la peligrosidad del bien no es un elemento a considerar según el art. 127 CP). *Partiendo de esta base normativa, que repito, se debe modificar,* lo mínimo a lo que podemos aspirar es que este comiso proceda excepcionalmente sobre bienes de terceros, en concreto cuando ese tercero sin ser

[183] Según Jescheck, esta medida *"Posiblemente se ha pensado en los casos en los que el tercero deja al autor una escopeta a pesar de que podría haber reconocido fácilmente que iba a cazar furtivamente, o allí donde el tercero compra a buen precio el vehículo utilizado para el delito en circunstancias sospechosas pero sin un conocimiento exacto del hecho previo."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.,* p. 860.

[184] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525.

partícipe en el hecho, ha tenido una conducta reprobable, sea porque de manera dolosa o imprudente ha contribuido a que el bien haya sido instrumento o efecto de la infracción o de su preparación, o porque lo ha obtenido en condiciones en las que conocía, previó o podía prever las particularidades que daban lugar al comiso (sin perjuicio de esos comportamientos también encuadren en otros tipos penales). Se trata de una solución que desde mi óptica es inconciliable con el principio de culpabilidad penal que caracteriza la imposición de las sanciones y que también deja de lado los fundamentos del comiso, sobre todo el de efectos e instrumentos, pues como ya apunté, no se valora el tema de la peligrosidad del bien, de ahí que como mínimo, la normativa debería ser exhaustiva al señalar las circunstancias en las que procede la imposición de la medida.

Del mismo modo, el comiso de las ganancias de la infracción debería perjudicar al tercero titular de forma excepcional, únicamente cuando el autor o partícipe actuó para favorecerle, o cuando adquirió el bien dolosamente, conociendo las circunstancias que le hacían susceptible de comiso, o de manera imprudente, de un modo en el que previó o podía prever esas circunstancias.

Finalmente, si el tercero no contribuyó de forma negligente al hecho, o no adquirió el bien conociendo las circunstancias que le hacían susceptible de comiso y a pesar de eso sigue siendo necesario sacrificar su derecho sobre el bien (sea el de propiedad, u otro derecho), el comiso debería acompañarse de una indemnización. Pensemos p. ej., en un tercero que tiene un derecho de usufructo sobre un bien del condenado que debe ser decomisado, pues su valor equivale al de los bienes directamente vinculados con el hecho y cuyo comiso el condenado hizo imposible. Al igual que el autor o partícipe, el tercero puede tener un derecho sobre el bien que sea distinto al derecho de propiedad, de allí que deban incorporarse consideraciones como éstas en la regulación de este tema.

VI. Comiso de primer o segundo grado.

El art. 127 CP contempla dos modalidades de comiso propio, a saber, el de primer grado, que recae de forma inmediata sobre el objeto previsto en la norma (efectos y ganancias provenientes del delito o falta, bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado); y el de segundo grado, que recae sobre un objeto que ha sustituido al primero[185] (y que la norma contempla al incluir las transformaciones que hubiesen podido experimentar los objetos antes citados: efectos, ganancias, bienes, medios e instrumentos), p. ej., el comiso del dinero que el autor adquirió al

[185] Al clasificar el comiso, Manzanares Samaniego señala que el comiso puede ser propio o impropio. El primero, de eficacia real, puede ser de primer grado cuando recae sobre la cosa prevista de forma inmediata en el texto legal (v.g., el instrumento del delito) y de segundo grado (p. ej., la cosa recibida por permuta del instrumento utilizado para cometer la infracción). MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 40-41.

enajenar el bien con que cometió el hecho. Se trata de una cláusula subrogatoria que tiene el claro propósito de garantizar el comiso. Mientras que para algunos esta previsión es razonable, pues de lo contrario se burlaría fácilmente la medida (v.g., con una simple permuta del objeto),[186] para otros es innecesaria e inexacta, lo primero porque ya el art. 127 prevé el comiso de bienes pertenecientes a terceros, lo segundo porque las transformaciones en manos de terceros de buena fe no se pueden decomisar.[187]

En las líneas anteriores doy por sentado que el comiso de segundo grado también se impone en relación con los efectos e instrumentos, sin embargo, la norma admite sendas interpretaciones. La primera, señalar que cabe en relación con los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción. La segunda, que se puede imponer solo con respecto a las ganancias.[188] En mi opinión, de la norma no parece desprenderse la exclusión de los efectos e instrumentos. Esto sin embargo, no obsta para que de *lege ferenda*, la aplicación del comiso subrogatorio deba supeditarse a la peligrosidad del objeto que ocupa el lugar del efecto o instrumento. Si sigue siendo peligroso (como lo era el bien directamente relacionado con la infracción), su comiso será procedente. Recordemos que el comiso de los efectos e instrumentos se basa en la peligrosidad objetiva del bien y en la necesidad de evitar su empleo en futuras infracciones, razón por la cual carecerá de sentido ordenar la medida una vez que el bien ha sido convertido o transformado, excepto que continúe siendo peligroso. Tratándose de las ganancias la situación es otra, pues por el carácter fungible del dinero; así como por el fundamento y orientación teleológica de su comiso, el comiso subrogatorio se debe admitir siempre, para garantizar el suprimir la ventaja patrimonial asociada con la infracción.

Como apunté en el segundo capítulo de esta investigación, en los instrumentos supranacionales se ha dispuesto el decomiso de los bienes en los que el producto se haya convertido o transformado; el decomiso del producto que se ha mezclado con bienes de origen lícito hasta por su valor estimado; así como cualquier ingreso o beneficio derivado del producto; de los bienes en los que el producto haya sido transformado o convertido y de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto, en la misma medida de éste. Aunque la situación de la mezcla del producto no es idéntica a la de su conversión, la legislación española no entra en esos deta-

[186] Para Saavedra Ruiz esta previsión es del todo razonable, ya que "*de lo contrario sería fácil burlar el comiso mediante la adquisición o permuta de los efectos o bienes…"* SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 844.

[187] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 51.

[188] Aunque no lo dice expresamente, ésta sería la posición de Borja Mapelli Caffarena, quien señala que el comiso de las ganancias cualesquiera que sean las transformaciones que hayan experimentado, es una modalidad expresamente diseñada para frenar la transformación de los beneficios obtenidos en las actividades criminales mediante el blanqueo. MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 51. También ésta es la opinión de YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 434. Según éste, no deben existir escrúpulos para que los bienes que hayan entrado en el patrimonio del condenado a cambio de las ganancias ocupen el lugar de éstas, lo anterior por el principio de subrogación real. *"Si la venta del costoso lanzagranadas, llevada a cabo por el terrorista, le ha permitido comprar un automóvil, estamos ante el comiso denominado, con Manzanares, de segundo grado o impropio."*

lles. Sin embargo, al contemplar el decomiso de los bienes *"cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar",* está dando cabida a todas las posibilidades antes descritas,[189] máxime que no son alternativas excluyentes. Pensemos v.g., en el dinero procedente del narcotráfico empleado para comprar un inmueble; o en ese mismo dinero mezclado con otro de origen legítimo y empleado en su conjunto para comprar un inmueble; o bien una mezcla de ambas cosas, dinero procedente del narcotráfico y dinero legítimo mezclados e invertidos en una empresa legítima, cuyas ganancias son las que se emplean para comprar el inmueble. Del mismo modo, la gran mutabilidad del dinero (aspecto que adquiere mayor importancia cuando hablamos de las ganancias derivadas de la infracción), es un elemento que confirma que el término *transformaciones* contenido en el art. 127 CP debe interpretarse de manera amplia. Lo contrario haría del decomiso una herramienta inútil.

Lo antes dicho no significa, sin embargo, que la expresión *cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar* sea la más adecuada. En primer término, porque no se pone un límite a las transformaciones, con lo cual se pueden abarcar todas las que estén en cadena. En segundo lugar, porque los aprovechamientos, consistentes en un incremento o aumento de las ganancias iniciales o de sus sustitutos, ni son ganancias provenientes de la infracción, ni ocupan el lugar de éstas, de ahí que sea discutible que se puedan considerar ganancias que a su vez han sido transformadas.[190] En tercer lugar, la norma indicada habla de *cualesquiera*, o en otras palabras, de *todas* las transformaciones, lo que genera problemas sobre todo de cara a los terceros, ya que en los términos en los que está planteado el comiso de sus bienes (como regla y no como excepción), esos terceros se ven obligados a la práctica de investigaciones exhaustivas sobre la procedencia de los bienes que adquieren, muchas veces sin posibilidad alguna de éxito, porque se enfrentan a entramados complejos. Además, como señala Manzanares Samaniego, se pone en entredicho derechos como lo son el de propiedad, seguridad jurídica y el principio de legalidad, ya que *"la ausencia de límites legales desembocará probablemente en una jurisprudencia contradictoria, pues están en juego tanto las transformaciones en cadena como las modalidades de la transformación."*[191]

---

189 En ese sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 67.

190 Es de esta opinión VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *RP, op. cit.,* p. 166.

191 MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 532. Con otra orientación, Aguado Correa estima que la previsión del comiso subrogatorio no implica *"que se puedan confiscar las ganancias indirectas, cuyo decomiso solo es procedente en los casos en los que así se prevé expresamente por el legislador como sucede... en los supuestos de delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas..."* AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 505. En otra obra la misma autora señala: *"Por otra parte, esta previsión no implica, desde nuestro punto de vista, que se pueda confiscar las ganancias indirectas. Piénsese en aquellos casos en los que ciertas ganancias provenientes de un delito son acrecentadas por otros negocios legales; o aquellos supuestos en los que las ganancias de una empresa se reinvierten de tal manera, que el comiso de las ganancias puede llevar a su desaparición; o aquellos otros, en los que las ganancias provienen de una leve infracción de la ley y se han gastado en su totalidad. Para determinar si también se deberán confiscar los beneficios conseguidos por quien invirtió y gestionó hábilmente las ganancias ilícitamente obtenidas, podríamos acu-*

En otras legislaciones sí existen límites en relación con este tema. Por ej., el §73 del Código Penal alemán, tras señalar que las ganancias a decomisar deben proceder directamente del delito (párrafo primero), en el párrafo segundo contempla dos supuestos de ventajas indirectas, a saber, el de los *aprovechamientos* y el de los objetos que han sustituido a los inicialmente decomisables. Según Manzanares Samaniego, los aprovechamientos son definidos en el 100 BGB como *"los frutos de una cosa o de un derecho, así como los beneficios que el uso de la cosa o del derecho proporcionen."* Como ejemplos de aprovechamientos, este autor cita el precio por el arrendamiento de una finca transferida a su nuevo dueño como recompensa por el delito, o comprada con los ahorros correspondientes a un delito fiscal. Aquí el comiso es preceptivo, tanto como sucede con la ganancia inmediata.[192] Diferente sucede con lo adquirido por sustitución, en donde se diferencian 3 categorías, a saber, el precio de enajenación de lo decomisable; lo obtenido por sustitución de la cosa primitiva, *"sea por su destrucción, deterioro o sustracción (así lo percibido del seguro por los daños del coche)"* y los objetos adquiridos mediante la satisfacción de un derecho (*"así, por la realización de una pretensión cedida"*). Este comiso es solo potestativo.[193] De esta manera, las demás ganancias indirectas o posteriores quedan claramente al margen de la norma. Otro ejemplo se encuentra en el Código Penal portugués, pues en él también se circunscribe a los casos en los que se da una sustitución de la ganancia, a lo obtenido por intercambio u otras transacciones.[194]

Una regulación similar podría ser introducida en el caso español, de manera que solamente ciertas ganancias derivadas de la ganancia inicial puedan ser alcanzadas por el comiso, lo que al acortar las distancias que hay entre el objeto a decomisar y

---

dir a lo dispuesto en la legislación civil. Y comprobamos que, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones civiles de otros países como Alemania, en nuestro Código Civil no existe precepto alguno en el que de una forma expresa se conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio. Además esta es la postura seguida por el Tribunal Supremo cuando se trata de enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito. Así, en la STS de 5 de octubre de 1985, sólo se accedió a la indemnización del daño efectivo pero no de todos los provechos obtenidos por quien actuó injustamente. Por otra parte, ello sería contrario al principio de proporcionalidad." AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 96. Aunque la interpretación que hace Aguado Correa es plausible, creo que la inseguridad jurídica que genera la norma subsistirá hasta tanto se corrija el problema mediante una reforma legal.

[192] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 528.

[193] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, ibídem,* p. 528.

[194] "Artigo 111
Perda de vantagens
1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.
2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido diretamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.
3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.
4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor."
Código Penal Português.

la infracción cometida, permitirá salvaguardar los derechos de los terceros ajenos a ésta. También puede regularse los supuestos en que el producto del delito se ha mezclado con bienes adquiridos lícitamente, para que el comiso se limite únicamente a esa parte. Una postura que además de ser la propia de los instrumentos supranacionales, ha sido de recibo en la jurisprudencia, v.g., la STS 202/2007 de 20 de marzo.[195]

Finalmente, frente al derecho que se genera sobre la cosa y que presupone la existencia material de ésta, el art. 127 CP también contempla el comiso de bienes del autor o partícipe del hecho cuyo valor sea equivalente al de los bienes cuyo comiso no tuvo lugar. Este es el comiso por valor equivalente, que examinaré a continuación.

VII. Comiso por valor equivalente.

Para los casos en que es imposible realizar el comiso (pensemos, por ejemplo, en la pérdida material del bien, sea voluntaria o accidental, o en su transmisión a un tercero de buena fe que lo adquirió legalmente),[196] se prevé el comiso por valor equivalente,[197] según el cual los bienes que deben y no pueden ser decomisados,

---

195 *"Si, como reconoce aquí la sentencia recurrida..., hay una parte de esos bienes que se adquirió con otros obtenidos lícitamente, tendría que haberse acordado que esta parte quedara excluida del comiso, debiendo limitarse este (el comiso) a aquella otra parte adquirida con bienes procedentes del tráfico de drogas. Habría que determinar un porcentaje para determinar una y otra parte; pero tal determinación no la hace la sentencia recurrida, que acuerda el comiso de la totalidad en base a que considera que, en los flujos monetarios destinados a esos negocios u operaciones, eran muy superiores a aquellos de origen ilícito frente a los procedentes de su lícita actividad empresarial o laboral. Y si esa fijación de porcentajes no la hizo la Audiencia Nacional, sin duda porque no tenía datos para ello, menos aún hemos de hacerla aquí nosotros en este trámite del recurso extraordinario de casación. En conclusión, hemos de dejar sin efecto, como ya se ha dicho, el comiso acordado en el fallo de la sentencia recurrida.".*

196 *"La previsión del comiso del valor equivalente ofrece una serie de ventajas, al permitir dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido ya no esté a disposición del sujeto, bien porque el sujeto ha consumido, destruido u ocultado el objeto del comiso, o bien porque consiste en una disminución del patrimonio o porque por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso. El comiso del valor equivalente también permite resolver satisfactoriamente los casos en los que los bienes no pueden ser decomisados por haber sido adquiridos legalmente por un tercero de buena fe no responsable del delito. En estos supuestos, se podrá decretar el comiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido legalmente por el tercero de buena fe. En definitiva, este comiso permite que el sujeto que no conserva el objeto del comiso no reciba un trato mejor que aquel que lo conserva."* AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 5-6. Véase también CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 374.

197 Muñoz Cuesta lo llama comiso de valor. MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* p. 295. Saavedra Ruiz habla de comiso del valor de los bienes por sustitución. SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845. Rodríguez Puerta le denomina comiso del valor por sustitución: RODRÍGUEZ PUERTA,

deben ser sustituidos por otros propiedad de los responsables que tengan igual valor.

Sin duda alguna llevan razón quienes afirman que esta forma de comiso responde a las directrices supranacionales,[198] pues en todos los cuerpos normativos de ese nivel está previsto. Me refiero a las Convenciones de Naciones Unidas, los Convenios del Consejo de Europa y por supuesto, la normativa de la Unión Europea, en particular la Decisión Marco 2001/500/JAI.

El comiso por valor equivalente recae sobre otros bienes propiedad de los responsables del hecho y cuyo valor precisamente, equivale con el de aquel o aquellos que no se pueden someter a comiso. Así p. ej., si no se puede decomisar el instrumento con que se cometió la infracción pero sí los efectos de ésta, el comiso por valor equivalente solo se impondrá en relación con el primero. Lo anterior no deja de ser un problema, pues según el primer párrafo del art. 127 CP, los instrumentos, efectos y ganancias de la infracción pueden pertenecer a terceros (el no decomiso de bienes de terceros es la excepción), con lo cual, puede suceder que el autor o partícipe de la infracción tenga que responder con su patrimonio ante la imposibilidad de decomisar bienes que pertenecen a otras personas.

Concuerdo con Manzanares Samaniego[199] y el mismo TS[200] en que esta forma de comiso no se puede equiparar con la multa, pues los parámetros con los que se fija esa pena (gravedad del hecho, culpabilidad del acusado, situación económica), son ajenos al valor de lo que debió ser objeto de comiso. De igual forma, las consecuencias que se derivan del impago de la multa no se aplican tratándose del comiso por valor equivalente.

Algunos autores estiman que este comiso tiene un carácter más obligacional,[201] pues en lugar de afectar bienes específicos, se convierte en un reclamo por un crédito dinerario contra el autor del delito, que de no ser pagado lleva a disponer el

---

"4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 652. Gascón Inchausti usa la expresión decomiso de valor para referirse a él. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 65.

198 AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 506; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 845 y RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 652. También la FGE, en la Circular 2/2005 de 31 de marzo, señala en relación con el comiso por valor equivalente que su incorporación al ordenamiento español *"...era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20-12-88, en su artículo 5.1.a), como la Convención de Nueva York de 15-11-00, en su artículo 12.1.a), obligaban a adoptar las medidas necesarias para acordar el decomiso "del producto de los delitos... o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto". En el mismo sentido se pronunciaba la Decisión Marco de 26-6-01 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito."*

199 Véase MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 16.

200 P. ej., léase la STS N° 688/1998 de 26 mayo.

201 Según Jescheck y Weigend, el comiso por valor equivalente es una obligación de pago que se puede ejecutar como si de una multa se trata, aunque lógicamente sin poder aplicar una responsabilidad subsidiaria por el impago. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 860.

decomiso de *sus* bienes.[202] Entiendo que esta observación no se aplica al caso español, pues una cosa es el comiso por valor equivalente y otra el comiso de contenido obligacional denominado *comiso impropio*, consistente en el pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor de la cosa.[203] En tanto que el primero recae sobre bienes de los responsables con un determinado valor, el segundo otorga al responsable de la infracción la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero. Esta última modalidad de comiso no está incluida en la legislación española.[204] Véase que el art. 127 CP *no impone al responsable criminal la obligación de pagar una cantidad de dinero*. Lo que señala la norma, es que este comiso recaerá *sobre los bienes que le pertenecen, por un valor equivalente* al de los bienes cuyo comiso no se efectuó.

El Derecho Comparado ha incorporado esta forma de comiso, o algunas bastante similares, como lo es el comiso impropio mencionado atrás. P. ej., en el Código Penal alemán, concretamente en el §74 c), se recoge la confiscación del valor sustitutorio,[205] precisamente previsto para los casos en que el responsable ha aprovechado el instrumento o producto del delito, sea enajenándolo o usándolo, o ha frustrado de otro modo su comiso (v.g., destruyéndolo),[206] de allí que se diga que tiene un carácter punitivo[207] (claro que tiene ese carácter, pues no interesa la peligrosidad

---

[202] Para Gascón Inchausti, la no satisfacción del crédito por parte del autor de la infracción lleva al decomiso-embargo de bienes. Según él, es un mecanismo común en otros ordenamientos, tanto de corte angloamericano como continentales (p. ej., el alemán). GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 66.

[203] Vid. AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 6 y MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 621. Para otros el comiso por valor equivalente y el comiso impropio son lo mismo. V.g., GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 957.

[204] De esta opinión MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, pp. 926 y 929.

[205] Comiso sustitutivo del valor, según señala Manzanares Samaniego. En él se decomisa una suma de dinero correspondiente al valor del objeto cuyo comiso deviene imposible. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia.* Granada, Editorial Comares, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 639), 2010, p. 995.

[206] "§ 74c Einziehung des Wertersatzes
(1) Hat der Täter oder Teilnehmer den Gegenstand, der ihm zur Zeit der Tat gehörte oder zustand und auf dessen Einziehung hätte erkannt werden können, vor der Entscheidung über die Einziehung verwertet, namentlich veräußert oder verbraucht, oder hat er die Einziehung des Gegenstandes sonst vereitelt, so kann das Gericht die Einziehung eines Geldbetrags gegen den Täter oder Teilnehmer bis zu der Höhe anordnen, die dem Wert des Gegenstandes entspricht.
(2) Eine solche Anordnung kann das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes oder an deren Stelle treffen, wenn ihn der Täter oder Teilnehmer vor der Entscheidung über die Einziehung mit dem Recht eines Dritten belastet hat, dessen Erlöschen ohne Entschädigung nicht angeordnet werden kann oder im Falle der Einziehung nicht angeordnet werden könnte (§ 74e Abs. 2 und § 74f); trifft das Gericht die Anordnung neben der Einziehung, so bemißt sich die Höhe des Wertersatzes nach dem Wert der Belastung des Gegenstandes.
(3) Der Wert des Gegenstandes und der Belastung kann geschätzt werden.
(4) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42."
StGB.

[207] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 859-860.

del bien). Aquí cabe decomisar una cantidad de dinero del autor o partícipe hasta por el valor del objeto y no decomisar bienes cuyo valor sea equivalente al del bien cuyo comiso no se efectúa, como sucede en España. La misma regla se aplica cuando el bien ha sido transmitido a un tercero que no esté comprendido en los supuestos del § 74 a). Igual se prevé en relación con las ganancias. En concreto, según el § 73 a,[208] el comiso del valor cabe cuando no es posible la incautación de un objeto determinado, sea por su estado o por otro motivo, o cuando se prescinda de incautar el objeto sustitutivo de otro que ya no tiene el autor o partícipe (§73 II). Incluso se prevé el comiso del valor junto con la incautación del objeto, cuando el valor de éste sea inferior al valor del objeto inicial.

En el art. 111 del Código Penal Portugués, específicamente en su apartado 4[209] se regula el comiso de valor, al indicar que si la recompensa, los derechos, cosas o ventajas referidos en los números anteriores no pueden ser apropiados en especie, la pérdida será sustituida por el pago al Estado de su respectivo valor.

En Italia también se prevé esta medida, sin embargo no se contempla como una regla general aplicable a cualquier caso, sino que se dispone para ciertos delitos, p. ej., para los delitos contra la Administración Pública.[210]

---

[208] "§ 73a Verfall des Wertersatzes
Soweit der Verfall eines bestimmten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grunde nicht möglich ist oder von dem Verfall eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 2 Satz 2 abgesehen wird, ordnet das Gericht den Verfall eines Geldbetrags an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben dem Verfall eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt."
StGB.

[209] "Artigo 111
Perda de vantagens
1 - Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.
2 - São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.
3 - O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou aos direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.
4 - Se a recompensa, os direitos, coisas ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor."
Código Penal Português.

[210] "322-ter. Confisca
1. Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessa dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.
2. Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca

En Suiza, en el art. 71 CP,[211] se prevé la confiscación del valor. Cuando los valores patrimoniales a confiscar no existan,[212] procede ordenar a favor del Estado el pago de una suma equivalente. La medida puede afectar a terceros, salvo que se trate de alguno de los supuestos contemplados en el art. 70.2 CP.

La legitimidad del comiso por valor equivalente que contempla el art. 127 CP se cuestiona bajo ciertas circunstancias, a saber, cuando la desaparición de los bienes no es imputable al sujeto y cuando se aplica a los instrumentos empleados para preparar o cometer la infracción pues, si han desaparecido, el peligro de su eventual empleo también se ha diluido.[213] Sobre el primer tema y para imponer límites a una regulación que es claramente desmesurada, algunos autores creen conveniente imponer este comiso *únicamente* cuando el comiso originario se frustra por motivos imputables al sujeto. Este es el caso de García Arán[214] o Rodríguez Puerta, quien si-

---

di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.

3. Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto a il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato."

Código Penal Italiano. Disponible en: http://www.altalex.com/index.php?idnot=36763.

Del artículo 314 al 320 de ese cuerpo normativo se regulan los delitos contra la Administración Pública.

[211] "Art. 71

Risarcimenti

1 Se i valori patrimoniali sottostanti alla confisca non sono più reperibili, il giudice ordina in favore dello Stato un risarcimento equivalente; nei confronti di terzi, tuttavia, il risarcimento può essere ordinato soltanto per quanto non sia escluso giusta l'articolo 70 capoverso 2.

2 Il giudice può prescindere in tutto o in parte dal risarcimento che risulti presumibilmente inesigibile o impedisca seriamente il reinserimento sociale dell'interessato.

3 In vista dell'esecuzione del risarcimento, l'autorità inquirente può sottoporre a sequestro valori patrimoniali dell'interessato. Il sequestro non fonda alcuna pretesa privilegiata in favore dello Stato nell'ambito dell'esecuzione forzata."

Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

[212] No existe el valor patrimonial según Aguado Correa, cuando el bien se ha enajenado, se ha escondido o se ha utilizado; o cuando el comiso no puede tener lugar porque el valor patrimonial consiste en una disminución del patrimonio; o cuando no es posible demostrar la identidad entre las ganancias directas del delito y los objetos que hayan de ser decomisados. AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 122.

[213] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* pp. 845-846. Abel Souto considera la regulación desmesurada, ya que no depende de que el individuo haga fracasar la confiscación, *"...sino que se tolera una desposesión patrimonial de individuos que no han participado en la frustración del comiso."* ABEL SOUTO, Miguel. "Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo." En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.* Madrid, La Ley, N° 11, Sección Temas de actualidad. Legislación aplicada a la práctica, Diciembre 2004, p. 84.

[214] *"Cuando se sustituye el objeto originariamente decomisable por otro de su mismo valor económico, algún fundamento debe tener dicha sustitución. Puesto que el valor económico de los objetos o bienes originariamente decomisables no se relaciona con su peligrosidad objetiva, ni con la relación patrimonial ilícita con el objeto, el fundamento de la sustitución debe ser autónomo respecto del comiso original y solo puede situarse en la sanción de la imposibilidad de ejecutarlo. Aquí aparece el componente punitivo de este comiso... que aunque no sea formalmente una pena, debería ser tratado como si*

guiendo a Puente Aba,[215] señala que la aplicación del comiso del valor por sustitución es adecuada "*siempre que pueda probarse que los sujetos responsables del delito, de forma dolosa o imprudente, han llevado a cabo conductas tendentes a evitar el comiso de los instrumentos empleados en la ejecución o preparación del delito (conductas dirigidas a frustrar la ejecución del comiso). Entiendo que de no admitirse en estos supuestos el comiso del valor equivalente se estaría privilegiando injustificadamente a aquellos sujetos responsables de un hecho ilícito que no conservan los bienes u objetos decomisables frente a aquellos que los mantienen en su poder; máxime cuando es posible comprobar que, precisamente, los hicieron desaparecer para hacer fracasar la confiscación. De no admitirse lo anterior, el mensaje político criminal resultaría en esos supuestos absolutamente contradictorio. Esta interpretación permitiría asimismo excluir la aplicación del comiso por valor equivalente en aquellas otras hipótesis en las que la destrucción o desaparición de los efectos decomisables no fuera imputable al sujeto.*"[216]

A mi modo de ver, esta interpretación desconoce el contenido de la norma, que claramente indica que el comiso por valor equivalente procederá ante *cualquier circunstancia* en la que no se pueda decomisar el bien directamente asociado con la infracción. Dicho de otra manera, los motivos por los cuales se frustra el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias del hecho son intrascendentes (p. ej., puede ser que la desaparición del bien sea fortuita[217]). Estamos ante una norma que carece de criterios restrictivos. Tanto, que a pesar de que la normativa supranacional que he analizado vincula el comiso por valor equivalente a los productos de la infracción, en España se aplica indiscriminadamente a los efectos, los instrumentos y las ganancias. Por tanto, si se insiste en mantener el comiso en estos términos, como mínimo, de *lege ferenda* se debe restringir su imposición a ciertas hipótesis, v.g., cuando el bien directamente relacionado con la infracción no puede ser decomisado por un comportamiento voluntario del sujeto que disponía de él.

Tratándose del segundo tema, entiendo que el comiso por valor equivalente *desnaturaliza* el comiso de efectos e instrumentos, pues si el fundamento de esta figura radica en la peligrosidad de los bienes, en caso de pérdida o destrucción no

---

lo fuera, es decir, exigiendo que las circunstancias que lo motivan sean, de una forma u otra, imputables al sujeto… la expresión legal "por cualquier circunstancia"… debería ser interpretada como referida exclusivamente a circunstancias imputables dolosa o imprudentemente al sujeto…" GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 959.

[215] Puente Aba cree que el comiso por valor equivalente solo cabe en relación con aquellos sujetos que de manera intencionada han frustrado el comiso de los efectos e instrumentos: PUENTE ABA, "Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal." En: *Panóptico: contra la cultura carcelaria, op. cit.,* p. 129.

[216] RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 653.

[217] De otra opinión, Mapelli Caffarena. Éste indica que: *"Cualquier circunstancia que impida aplicar el comiso, no permite operar con el de valor equivalente. Así, por ejemplo, si el autor empleó su vehículo para cometer un atraco y el mismo resulta destruido, esta circunstancia impedirá no sólo aplicar el comiso de los instrumentos, sino cualquier otro."* MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 417.

hay razón para sustituirlos con otros bienes que no son peligrosos.[218] Otra cosa es que se desee sancionar al individuo que haga desaparecer aquellos bienes (sanción por frustrar el comiso de los instrumentos y efectos),[219] caso en el cual el comiso, por no ser una pena, no será la medida adecuada para alcanzar ese propósito.

Con respecto a las ganancias la situación cambia. Como la razón de su comiso se vincula con la valía económica de los bienes provenientes de la infracción (de ahí que se hable de *ganancias* en el art. 127 CP), no hay ningún impedimento para que los órganos jurisdiccionales competentes eviten ese enriquecimiento ilícito a través del comiso de otros bienes del condenado en aquellos casos en los que no se pueden decomisar directamente las ganancias, p. ej., porque el sujeto las haya aprovechado (ocultándolas o consumiéndolas). En cualquier caso será necesario suprimir la ventaja patrimonial que ha obtenido el autor o partícipe del hecho, de ahí que el comiso por valor equivalente deba avalarse.[220] Sin embargo, al igual que sucede con

---

[218] Vid. en ese sentido, SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2005, pp. 181-182; PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 994; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* pp. 16-17; RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 653; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 930. Ramón Ribas considera que si el fundamento de este comiso es la peligrosidad de determinados bienes y su función prevenir su reutilización criminal, el comiso de otros bienes por un valor equivalente no tiene sentido alguno. RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 786. Vizueta Fernández para solventar este problema, llega a pretender que este comiso se aplique solo sobre bienes que contengan una peligrosidad semejante a la de los efectos o, sobre todo, instrumentos que no han podido decomisarse, interpretación que como él mismo reconoce, no se atiene al tenor literal del precepto. VIZUETA FERNÁNDEZ, "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos." En: *RGDP, op. cit.,* p. 29.

[219] *"La regulación reciente del comiso, en aplicación de normas europeas previstas para determinados delitos como el blanqueo de dinero (Decisión Marco del Consejo de la UE de 26 de junio de 2001), se ha ampliado considerablemente al incluir el comiso del «valor equivalente» a los bienes utilizados para delinquir, cuando éstos no puedan decomisarse (LO 15/2003 de reforma del Cp), lo que se aparta del fundamento del comiso en estos casos porque ya no recae sobre objetos potencialmente peligrosos, sino sobre una cantidad dineraria o unos bienes equivalentes a su valor. Ello lo aproxima a una pena pecuniaria, recuperándose parte de la naturaleza de pena que se había pretendido superar."* MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, *DPPG, op. cit.,* 8° edición, p. 621. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 958. Incluso en países donde el comiso ha sido catalogado como medida de seguridad, p. ej., Italia, la doctrina concluye que cuando no se aprecia ninguna peligrosidad en el bien a decomisar, como sucede en el caso del comiso por valor equivalente, el comiso es una medida sancionatoria y no una medida de seguridad patrimonial y por tanto no cabe su aplicación retroactiva. Sobre el tema, léase CARNEVALI R., "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *RDP, op. cit.,* p. 116.

[220] Son de la misma opinión RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 652 y PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 994.

el comiso de efectos e instrumentos, para poner en sintonía esta medida con los principios constitucionales que rigen en materia de sanciones,[221] se debe restringir su aplicación a los casos en los que el comiso se ha frustrado por motivos que son imputables al responsable criminal.

Algunos autores creen que en lugar del comiso por valor equivalente, se debió contemplar la transformación del comiso en el pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor del bien cuyo comiso no se pudo materializar.[222] En primer término, creo que con la legislación actual el comiso del dinero del responsable criminal es procedente, pues el art. 127 CP emplea el término *bienes* y éste comprende el dinero.[223] Dicho en otras palabras, el comiso de una suma de dinero del responsable criminal equivalente al valor de los bienes cuyo comiso se frustró, es viable jurídicamente. Otra cosa es que se pretenda incorporar una figura de carácter obligacional como alternativa al comiso de los bienes vinculados directamente con la infracción. Si el legislador optase por esta opción, que veo procedente tratándose de las ganancias, debe reformar el texto legal, de manera que una vez demostrado que el comiso no es posible (sea sobre los bienes vinculados directamente con la infracción, o sobre otros que tengan igual valor), el autor o partícipe adquiere una obligación por una suma de dinero correspondiente al valor de esos bienes.

Para Ramón Ribas el comiso por valor equivalente es en buena medida innecesario tratándose de las ganancias, ya que el art. 127 CP contempla que el comiso recaiga sobre cualesquiera que sean las transformaciones que sufran esas ganancias.[224] No comparto esta postura, sobre porque el comiso subrogatorio supone mayores exigencias probatorias que el comiso por valor equivalente. Me explico con un ejemplo. Si A, condenado por narcotráfico, colocó las ganancias provenientes de la infracción (un inmueble con un valor de un millón de euros), fuera del alcance de la autoridad jurisdiccional, ésta puede proceder a ordenar el comiso de otros bienes de aquel (pensemos en otro inmueble y algunos vehículos) que tengan ese mismo valor. Tratándose de las transformaciones el panorama cambia, pues se debe demostrar que el bien sobre el que recae el comiso es el resultado de la transformación que sufrió el directamente vinculado con el delito. P. ej., que el millón de euros que posee el imputado es el producto de la venta del inmueble que obtuvo como ganancia del tráfico de drogas.

---

[221] Sobre la naturaleza penal de esta forma de comiso, véase el cap. III., apartado III.C.2 de esta investigación.

[222] Para Manzanares Samaniego, esto es mejor a sustituir el comiso por otro de bienes cuya relación con el hecho no importa y que probablemente terminarán convertidos en metálico: MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 930.

[223] *"Dentro del concepto de esos bienes que van a sustituir a los que originariamente eran objeto de comiso se halla sin duda el dinero, es decir, no es necesario que la sustitución los sea con otros bienes que posea el sujeto, lo puede ser con bienes diferentes y como decimos por dinero que éste tenga, lo que será sin duda lo más fácil y frecuente."* MUÑOZ CUESTA, "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *RJA 2004, op. cit.,* p. 295.

[224] RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 786.

El art. 127 CP no plantea reglas en cuanto al cálculo del valor de los bienes cuyo comiso no es factible. Para no hacer de este comiso una medida de imposible aplicación (pues no siempre se puede determinar el valor exacto del bien), también debería incorporarse una disposición al respecto, permitiendo al juzgador realizar una estimación prudencial.[225] Así sucede p. ej., en la legislación alemana (§73 b)[226] y en la suiza (art. 70.5[227]). Nótese que en esta última se admite dicha estimación prudencial cuando el valor de los bienes no puede ser determinado, o solo puede serlo con costos desproporcionados.

Siempre en cuanto al tema de la valoración, el hecho de que lo obtenido pueda emplearse para cubrir las responsabilidades civiles, no significa que el comiso sea una figura dirigida al cobro de esas responsabilidades. Por consiguiente, creo que se equivoca Magro Servet al sostener que el decomiso por valor equivalente se debe hacer sobre la valoración estimada al alcance de la responsabilidad civil.[228] Esto supondría desnaturalizar la figura jurídica, e ignorar que el art. 127 CP señala que el comiso por valor equivalente tendrá como referencia el valor de los bienes que han sido considerados efectos, instrumentos o ganancias de la infracción y no las cantidades que se adeuden a quienes figuren como perjudicados.

La última objeción que se puede hacer al art. 127. 3 CP es que el comiso por valor equivalente cabe tanto en el comiso puro y simple de efectos, instrumentos y ganancias de la infracción (art.127.1 CP) como el supuesto del comiso ampliado (art. 127.1, párrafo 2 CP) y el comiso en delitos imprudentes (art.127.2 CP),[229] lo que puede considerarse absurdo en ciertas circunstancias. Pensemos en este ejemplo. A es

---

225 En igual sentido, AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 6-7.

226 "§ 73b Schätzung
Der Umfang des Erlangten und dessen Wert sowie die Höhe des Anspruchs, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer das aus der Tat Erlangte entziehen würde, können geschätzt werden."
StGB.

227 "Art. 70
b. Confisca di valori patrimoniali.
Principi
...
5. Se l'importo dei valori patrimoniali sottostanti a confisca non può essere determinato o può esserlo soltanto con spese sproporzionate, il giudice può procedere a una stima."
Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

228 Para este autor, con el comiso por valor equivalente *"Se abre la opción judicial de practicar la medida de comiso respecto a bienes de lícita procedencia si se agotan las vías para la traba de bienes, verificándose el comiso en la valoración estimada al alcance de la responsabilidad civil. Se concreta en el apartado 5.º la venta en pública subasta de los bienes de lícita procedencia decomisados para aplicar su producto al pago de las responsabilidades civiles."* MAGRO SERVET, Vicente. "El régimen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas «delincuentes» en el Proyecto de Código Penal." En: *Práctica de Tribunales*. Editorial La Ley, N° 39, Sección Práctica Procesal, Junio 2007. La cita se haya en el por él denominado Esquema del régimen de responsabilidad civil de las personas jurídicas dimanante de la responsabilidad penal en el Proyecto de Código Penal. Disponible en: http://laleydigital.laley.es.

229 En igual sentido se expresa el Informe del Consejo Fiscal: DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 147.

condenado por narcotráfico. De conformidad con el art. 127.1 párrafo 2 CP se ordena decomisar todo su patrimonio, pues no es proporcional con sus ingresos legítimos. Como esa orden no se puede cumplir (por cualquier causa), la norma señala que el juzgador deberá disponer el comiso sobre otros bienes cuyo valor sea equivalente, lo que carece de sentido si se considera que el comiso inicialmente decretado alcanzaba todo el patrimonio de A.

VIII. Comiso y delitos imprudentes.

Como señalé acápites atrás, el art. 127 CP preveía el comiso en términos generales, sin profundizar en la naturaleza dolosa o culposa de la infracción. A raíz de esto, algunos autores señalaron que tratándose de delitos imprudentes no se podía hablar de *instrumenta sceleris*, ya que no hay en estos casos una relación intencional entre el objeto y el resultado.[230] Desde su óptica, el concepto de *instrumenta sceleris* pasaba por la intencionalidad del autor al emplear el objeto para preparar o cometer la infracción. Esta discusión doctrinaria acabó con la LO 5/2010, de 22 de junio, que de forma expresa, incorporó el comiso tratándose de cualquier delito imprudente con pena privativa de libertad superior a un año.

La inclusión del comiso como regla general aplicable en relación con las infracciones imprudentes es positiva, pues no puede negarse las graves consecuencias que se pueden derivar de los delitos imprudentes.[231] Al igual que en las infracciones

[230]MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* pp. 46-47. En otra obra, Manzanares Samaniego señala: *"Pensamos que la instrumentación recogida en el repetido artículo carece de sentido en la infracción culposa, porque encierra necesariamente una relación intencional con el resultado. A mayor abundamiento esta interpretación -respetuosa con el texto legal- evita hasta cierto punto que la vulneración del principio de proporcionalidad se extienda como mancha de aceite desde las infracciones de dolo directo hasta las imprudencias leves."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 626. Es importante aclarar que estas observaciones de Manzanares Samaniego se realizan con base en una legislación que no contemplaba de forma expresa el comiso de instrumentos en las infracciones imprudentes.

[231] Al respecto apunta Quintero Olivares: *"Otro tema, que también se aborda, es el de la hasta ahora incomprensible exclusión del comiso de los instrumentos de comisión de los delitos imprudentes, exclusión que puede ser materialmente muy injusta si se valora el enfrentamiento entre los egoísmos de los autores de delitos imprudentes -contra la seguridad vial, contra el ambiente, por ejemplo- y las dramáticas consecuencias que pueden derivarse de sus actos. No había razón alguna para que no se pudiera acordar la pérdida de los efectos que provengan de esos actos y de los instrumentos o bienes con los que se haya ejecutado, condición en la que debe entrar en su caso el vehículo de motor con el que se haya causado el daño, así como de las ganancias provenientes de ese delito imprudente."* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, p. 109. Del mismo modo, apuntó Aguado Correa: *"En ese momento manifestamos que si bien comprendíamos, en atención a consideraciones de proporcionalidad, la circunscripción del comiso de efectos e instrumentos a los delitos cometidos dolosamente, no entendíamos por qué tiene que ocurrir lo mismo en los supuestos de comiso de ganancias, pues las ganancias obtenidas ilícitamente a través de los delitos imprudentes también deberían ser confiscadas."* AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 16. En sentido contrario, García Arán considera que el traslado de todos los objetos generales del comiso en delitos dolosos

dolosas, las imprudentes pueden producir un enriquecimiento importante para el responsable que debe suprimirse (p. ej., el blanqueo imprudente[232]). También podemos encontrar efectos e instrumentos peligrosos (v.g., un homicidio imprudente cometido con un arma de fuego que aunque legal, ni fue custodiada debidamente ni lo será luego, con lo cual es probable su empleo en la comisión de futuras infracciones).[233]

La norma presenta dos salvaguardas en la aplicación del comiso. La primera está relacionada con la pena. Solo cabe en infracciones imprudentes cuya pena prevista supere el año de privación de libertad. Esta circunstancia a juicio de Aguado Correa, permite evitar que se tache de desproporcional la medida.[234] La segunda consiste en el carácter potestativo del comiso, lo que no sucede con los delitos dolosos, donde esta medida tiene un carácter preceptivo.[235] Creo con González Cussac[236] que esto último permite evitar respuestas excesivas, pues si bien el art. 128 CP prevé el examen de proporcionalidad que debe realizar el juzgador al imponer la medida, la disposición contenida en el art. 127.2 CP para las infracciones imprudentes tiene mayor amplitud, al no imponer límites al operador jurídico, como sí sucede con el art. 128 (p. ej., en este último se exige la licitud comercial del objeto, lo que no siempre coincide con su peligrosidad; o la satisfacción de las responsabilidades civiles).

El art. 127 CP contiene disposiciones generales que se aplican al comiso en delitos imprudentes. V.g., lo relacionado con el tercero de buena fe no responsable

---

al caso imprudente no casa bien con la naturaleza de este último y puede ser desmesurado. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 968. Igualmente, Landrove Díaz cree que no hay razones de política criminal que justifiquen extender el comiso a los delitos imprudentes. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Tecnos, 6° edición, 2005, p. 130.

[232] Sobre la necesaria introducción de la modalidad imprudente del delito de blanqueo de capitales, léase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "Artículo 301." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 452.

[233] De un criterio diverso es Mapelli Caffarena. Para él, la extensión del comiso a los delitos imprudentes demuestra una tendencia expansiva que se aleja de su fundamento peligrosista, pues *"Sólo cuando el sujeto emplea el objeto decomisable para la ejecución del delito, conociendo y queriendo hacerlo, estamos en condiciones de afirmar que, si se le permite que siga poseyéndolo, puede resultar peligroso en el futuro."* MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 410.

[234] AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 510.

[235] Hava García considera que esta última circunstancia obliga al juzgador a fundamentar su decisión de imponer la medida, señalando cuáles bienes son los que decomisa y las razones de ello. HAVA GARCÍA, "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 161. Desde mi óptica, el juzgador tiene el deber de fundamentar cualquier medida que adopte, tenga ésta carácter preceptivo o no.

[236] González Cussac considera que incorporar esta regla como potestad discrecional del órgano jurisdiccional en casos de delitos imprudentes, es una de las vías para evitar el comiso en casos donde constituye una respuesta excesiva. GONZÁLEZ CUSSAC, "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO; *et ál., BIMJ, op. cit.,* p. 17.

del delito que ha adquirido el bien legalmente;[237] el comiso por valor equivalente y la regulación sobre el destino de lo decomisado. Tratándose del comiso en los casos en los que no se imponga una pena, la situación es similar. Repito lo expuesto hace algunos acápites: se requiere como mínimo que la situación patrimonial ilícita esté acompañada de un injusto penal. Entiendo que esta exigencia es conciliable con la regulación del comiso en las infracciones imprudentes, pues el art. 127.2 CP habla de la *pena prevista* por el legislador, sin que sea necesario que se haya producido alguna condena. Por lo tanto, en el caso de una conducta imprudente que no llegue a ser sancionada con una pena, si se configura una situación patrimonial ilícita no habrá impedimento para disponer el comiso (piénsese, p. ej., un blanqueo imprudente cometido por quien no puede actuar culpablemente).

En relación con los bienes que se pueden someter a este comiso, aunque el art. 127.2 CP prevé el de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el hecho, entiendo que no podrán decomisarse los instrumentos empleados en la preparación, ya que este vocablo (preparar), sí se vincula a la intencionalidad,[238] con lo cual habría que suponer que solo se relaciona con hecho dolosos.[239]

Finalmente nos vamos a referir brevemente al comiso previsto en el art. 385 bis del Código Penal. Según esta norma *"…el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128…"*. Aunque en principio mantener esta cláusula no era indispensable, pues se ha admitido el comiso en cualquier delito imprudente, su presencia tampoco es inconveniente, ya que como señalé en el capítulo III de esta investigación, algunos autores consideran que el vehículo al ser el objeto sobre el que recae la conducta típica no se puede considerar un instrumento. Desde esa perspectiva (que no comparto), sería indispensable contemplar expresamente su decomiso, ya que el art. 127 CP no menciona los objetos de la infracción, alcanzando solamente aquellos que son simultáneamente efectos, instrumentos o ganancias del hecho. Sobre el art. 385 bis CP volveré luego, al examinar los regímenes especiales de comiso contenidos en el Código Penal y en otras leyes.

[237] Así lo indica HAVA GARCÍA, "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 161, también GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 300.

[238] El Diccionario de la Lengua Española define el verbo preparar como: *"Prevenir, disponer o hacer algo con alguna finalidad."* RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

[239] En igual sentido, GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 969.

IX. Destino de los bienes sometidos a comiso.

El comiso tiene como efecto que la titularidad del derecho que pesa sobre el bien pase al Estado desde la firmeza de la sentencia.[240] Aunque el art. 127 CP solamente habla de la pérdida de los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias de la infracción y no de su consecuente adquisición por parte del Estado, Choclán Montalvo[241] estima que así se desprende del art. 374.4 CP, que en lo que interesa, señala que *los bienes decomisados en sentencia que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales serán adjudicados íntegramente al Estado.*

Aunque además de ésta, hay otras disposiciones que indican que los bienes decomisados se adjudicarán al Estado (p. ej., el artículo 5.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando[242]), lo cierto es que tanto el art. 374 CP como el art. 5.6 mencionado, son normas que regulan específicamente el comiso en ciertas infracciones, en el primer caso las relacionadas con el narcotráfico y en el segundo las vinculadas con el contrabando. Asimismo, tienen algunas diferencias importantes con lo dispuesto en la regulación general. P. ej., mientras el art. 374.4 CP contempla también la satisfacción de las costas procesales, el art. 127 CP solo prevé la de las responsabilidades civiles. De la misma manera, en tanto que este último establece que el destino de los bienes decomisados dependerá de su licitud comercial, en el art. 5.6 de la LO 12/1995 no se considera ese extremo. Por lo expuesto, estamos ante preceptos particulares[243] que contrario a lo que estima Choclán Montalvo, no son útiles para integrar el art. 127 CP, como si fuesen reglas de aplicación general. Creo que lo recomendable será una reforma del art. 127 citado, que incluya expresamente la adjudicación a favor del Estado de los bienes, o mejor dicho, de los derechos que pesan sobre ellos.

---

240 Como ya indiqué, algunos autores consideran que el comiso es una causa de expropiación pues desde su óptica lo que se pierde es la propiedad. Así p, ej., CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 67, MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983, op. cit.,* p. 254. Yo creo que lo que se pierde es el derecho que el autor o partícipe del hecho tiene sobre el bien y que no necesariamente es un derecho real de propiedad.

241 CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 67.

242 "Artículo 5. Comiso…

6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo."

243 García Arán habla de ellos como normas que prevén un destino distinto para los bienes. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 969.

Según el apartado 5 del art. 127 CP, el destino de los bienes decomisados dependerá de si son de lícito o ilícito comercio, ya que si lo son, se venderán. La licitud comercial según escribió Manzanares Samaniego en algunas de sus obras,[244] es una noción de discutible contenido, sin embargo lo que se puede admitir es que tiene que ver con la existencia de ciertas prohibiciones en torno a la transmisión del objeto derivadas de sus propias características. Si las prohibiciones se reducen a la necesidad de una autorización administrativa para la enajenación o tenencia, habrá que concluir que la ilicitud no es absoluta y en ese tanto, cabe darle al bien el destino que corresponde como si fuese cualquier otro de lícito comercio.[245] Esta postura aunque razonable no es unánime, pues hay quienes consideran que si el bien no es de transmisión libre y está sujeto a limitaciones y prohibiciones, debería considerarse de ilícito comercio.[246] Esta última posición no me parece adecuada, pues no tra-

[244] En una obra reciente, este autor parece cambiar de criterio, al decir que por lícito comercio se habrá de entender que el bien no esté sometido a ninguna prohibición jurídica, explícita o implícita, reglamentaria o no. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 931.

[245] Decía Manzanares Samaniego que *"Se trata de un concepto de discutible contenido. Para Córdoba, "las cosas son de ilícito comercio en cuanto su transmisión está sometida a ciertas prohibiciones, como prohibiciones implícitas, no a las personas titulares de la pertenencia -piénsese vg. en los incapaces-, sino a los objetos mismos -vg. las armas, estupefacientes y explosivos-". Aceptamos que la ilicitud no descanse en la persona concreta del propietario, pero la duda surge en cuanto dichas prohibiciones operan con frecuencia como simples limitaciones en el sentido de requerirse determinada autorización administrativa para la enajenación o tenencia. Entonces, al no ser absoluta la ilicitud del comercio, cabe en principio la pública subasta."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 88.

[246] Lo considera de esta forma CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 699; DE LAMO RUBIO, J. "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J. M. *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal.* Barcelona, Bosch, 1998, p 358. Se indica: *"Para determinar qué bienes son de lícito o ilícito comercio hay que partir de la consideración, como efectúa la doctrina, que serán de ilícito comercio aquellos cuya transmisión esté sometida a determinadas prohibiciones, que pueden venir señaladas en la ley penal, civil, o en la normativa administrativa correspondiente."* Vid también AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 508. Para llegar a esta conclusión la autora toma en cuenta la Consulta 2/1986, de 21 de marzo, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal, de la FGE, que en lo que interesa señala: *"Aunque en perspectiva lógica no ofrece dudas la naturaleza de efectos de ilícito comercio para las sustancias estupefacientes y psicotrópicas productos de un tráfico ilegal, es necesario justificarla en un orden jurídico, porque el artículo 48 del Código penal no expresa qué deba entenderse por efectos de ilícito comercio. Creemos que deben reputarse como tales no sólo aquellas cosas que estén fuera del comercio de un modo absoluto (res extracommercium), sino también aquellas otras cuya transmisión no es libre y que por estar sujetas a limitaciones o prohibiciones y no ser objeto de tráfico lícito (artículo 1.271 del Código civil) conllevan la nulidad del acto y el comiso de las mismas (artículo 1.305 del Código civil). Luego si la ilicitud relativa está representada en el radio del artículo 48 del Código penal, los estupefacientes y psicotrópicos objeto del delito definido en el artículo 344 del Código penal ... se someterán al régimen de los efectos de ilícito comercio, porque aunque su extracomercialidad no lo sea de modo incondicionado, al ser géneros prohibidos (artículos 2,2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 y 2,2.º del Real Decreto 2.829/1977, de 6 de octubre)..., su tráfico está limitado por prohibiciones legales de adquirir, enajenar, fabricar y producir (Ley de 8 de abril de 1967 para los estupefacientes y Real Decreto de 6 de octubre de 1977 para las sustancias psicotrópicas)."* FGE. Consulta 2/1986, de 21 de marzo, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal. Disponible en: http://www.fiscal.es. Autores como García Arán consideran lícitos comercialmente los bienes cuya transmisión no está sometida a prohibiciones. Aunque reconoce que hay bienes de lícito comercio cuya transmisión está sometida a condiciones (p. ej., las armas), no llega a pronunciarse en cuanto al destino que deben

tándose de bienes cuya ilicitud comercial es absoluta, no hay motivo para que no se proceda a su enajenación, claro está, cumpliendo con los cánones que han sido ignorados.

La norma señala claramente que el producto de lo vendido mediante subasta judicial,[247] se debe destinar a cubrir las responsabilidades civiles del penado (lo que se hace siguiendo el orden de prelación que establece el art. 126 CP[248]), siempre que la ley no disponga otra cosa, como sucede en materia de tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores.[249]

La pregunta que surge es si se les debe dar este destino incluso en el caso de que el penado sea solvente. Autores como De Lamo Rubio;[250] Cerezo Domínguez;[251] Fernández Pantoja;[252] Choclán Montalvo[253] y Manzanares Samaniego[254] estiman que solo en caso de no serlo, el producto de la venta de lo decomisado se podrá destinar al pago de las responsabilidades civiles. Aunque ciertamente, es absurdo que el au-

---

recibir cuando son decomisados. GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 969.

[247] Arts. 643 ss. y concordantes, LEC. Véase sobre el tema AYO FERNÁNDEZ, *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, op. cit.,* p. 275; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 979.

[248] "Artículo 126.

1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:
   1. A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.
   2. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.
   3. A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.
   4. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.
   5. A la multa.

2. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado."

[249] En este ámbito se cuenta con Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, BOE N° 129 de 30 de mayo de 2003.

[250] DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.,* p. 359.

[251] CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 700.

[252] FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, pp. 994-995.

[253] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 69.

[254] *"Creemos que tal conclusión se deriva de la naturaleza que el comiso tiene en nuestro Código. Como pena que es, debe atender no sólo a las exigencias de la prevención, sino también, y en primer término, a la idea de retribución. Partiendo de esa base, resulta evidente que, si el comiso desemboca en la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias del propio reo, desaparece el daño patrimonial que tal sanción representa en principio. Se sacrifica, pues, en cierta manera, la pena de comiso, para salvaguardar los intereses de los acreedores del condenado. De ahí que a dicha solución haya de acudirse exclusivamente si el dilema se presenta como ineludible."* MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso." En: *REP, op. cit.,* p. 90.

tor o partícipe se vea exento de satisfacer la responsabilidad civil que le quepa simplemente porque, p. ej., las ganancias del hecho que cometió han sido destinadas a ese propósito tras su decomiso, el texto de la norma no demanda su insolvencia.

Para evitar estos inconvenientes, Choclán Montalvo recomienda entender que las responsabilidades civiles se deben hacer recaer en primer término sobre el patrimonio del condenado y solo en caso de que éste no sea suficiente, se debe aplicar el producto de la venta de lo decomisado. Es decir, solo subsidiariamente se destinarán los bienes decomisados a satisfacer la responsabilidad civil.[255] A esta propuesta le puedo hacer sendas observaciones. La primera que señalé atrás: la norma no hace distinciones entre solventes o insolventes, de allí que debería aplicarse en ambos casos.[256] La segunda es que de conformidad con los arts. 110 y 111 CP, la responsabilidad civil comprende en primer término la restitución.[257] Siendo que el criterio rector en este ámbito es la restauración del orden a jurídico a la situación en que se encontraba antes del hecho, la devolución del objeto tiene una condición preferente tratándose de los delitos que impliquen una privación de un bien a la víctima, al extremo de no admitirse que cuando esa restitución sea posible[258] el

---

[255] En este sentido, señala Choclán Montalvo: *"... el artículo 127 debe ser entendido en el sentido de que el producto del comiso se destinará a satisfacer las responsabilidades civiles del penado que se encontraren pendientes, por lo que la obligación de pago que se deriva del artículo 109 debe realizarse con cargo al patrimonio del propio penado tras la sentencia, afecto en su totalidad a esa responsabilidad, y solo subsidiariamente con cargo a los bienes transmitidos ipso iure al Estado. La situación es más evidente cuando se trata de bienes de un tercero no responsable penalmente por el hecho. Es claro que la responsabilidad civil debe satisfacerse primeramente con los bienes del deudor principal, el responsable penal, y sólo subsidiariamente con bienes pertenecientes a un tercero."* CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 69.

[256] Con esta misma orientación, véase AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 508.

[257] El artículo 110 CP señala:
"La responsabilidad civil establecida en el artículo anterior comprende:
1° La restitución.
2° La reparación del daño.
3° La indemnización de perjuicios materiales y morales."
Por su parte, indica el artículo 111:
"1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.
2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable."
Según Gallego Soler, cuando los efectos se correspondan con el propio objeto material de la infracción penal lo común será que en lugar de su decomiso se proceda a su restitución. GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 299.

[258] La restitución debe ser del mismo bien. Si se entrega un bien diferente o el equivalente en dinero estamos ante una reparación o indemnización. Así, ALASTUEY DOBÓN, Carmen. "Artículo 111." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 449. Según Quintero Olivares, el empleo en el art. 111 del vocablo *bien*, en lugar del término *cosa*, pretende ampliar el objeto de la restitución, de manera que incluya también al dinero. Ahora, los intereses correspondientes a ese dinero por el tiempo que haya estado en poder del responsable del delito pueden exigirse por ese concepto (restitución) o por el de indemnización. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 4° edición, 2010,

perjudicado la rechace y solicite en su lugar una indemnización.[259] Por tanto, para los casos en que la restitución del bien decomisado sea la forma idónea de satisfacer la responsabilidad civil debe procederse con ésta, lo anterior sin perjuicio de que con la infracción penal también se hayan causados daños y perjuicios materiales y morales que el autor o partícipe del hecho deba reparar o indemnizar con su patrimonio. Será entonces para estas últimas hipótesis (la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales[260]) que la tesis de Choclán Montalvo se pueda aplicar, de manera que el patrimonio del autor o partícipe del hecho sea el que responda y solo de forma subsidiaria (entiéndase, cuando el autor o partícipe sea insolvente), se satisfaga esa responsabilidad con el producto de la venta de lo decomisado. Esto siempre y cuando se comparta su postura, pues repito, el operador jurídico no está autorizado por el legislador para distinguir entre solventes e insolventes.

Un problema que no soluciona el art. 127 CP es el destino de los bienes en el caso de que las responsabilidades civiles estén cubiertas, o de que las personas afectadas con el comiso no sean *penados* (o en consecuencia, no tengan a su cargo la satisfacción de las responsabilidades civiles). De *lege ferenda*, es necesario reco-

---

p. 741. Sobre el tema de la restitución, véase también ROIG TORRES, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 114 y ss.

[259] Así, GALLEGO SOLER, José Ignacio. "Art. 110." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 268-269. Según éste, cabe la renuncia a la restitución cuando el bien se restituye con tal deterioro o menoscabo que se ha hecho inutilizable. En este supuesto sí cabe la indemnización contemplada en el numeral 112 CP. Por su parte, Alastuey Dobón señala que: *"La restitución, como contenido de la responsabilidad civil, supone la entrega al legítimo poseedor o propietario de la cosa de la que ha sido privado en virtud de la infracción. Como es obvio, esta modalidad de responsabilidad civil sólo afecta a los delitos que consistan en la privación de un bien a la víctima por parte del autor. En ellos, la restitución se presenta como modalidad preferente de resarcimiento, y sólo cuando no sea posible se deberá acudir a la reparación o indemnización."* ALASTUEY DOBÓN, "Artículo 111." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 449.

[260] Según Alastuey Dobón, a pesar de que el Código Penal distingue los daños y perjuicios, ambos hacen referencia a una misma realidad: *"al menoscabo patrimonial o moral sufrido por una o varias personas como consecuencia de la comisión de un ilícito penal -puesto que estamos ante la responsabilidad civil derivada del delito- y que comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia que se ha dejado de obtener -daño emergente y lucro cesante- El daño -o perjuicio- así definido puede ser resarcido de dos formas distintas: en forma específica o por el equivalente, y ésta es la interpretación que debe darse a la terminología empleada por el legislador... Así, los arts. 111 y 112 contemplan formas de resarcimiento en forma específica, mientras que el art. 113 recoge el resarcimiento por el equivalente, que consiste en el pago de una suma pecuniaria como contraprestación al daño ocasionado. El resarcimiento en forma específica se define como la remoción de la causa del daño y la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo; en embargo en muy pocas ocasiones será posible conseguir mediante el resarcimiento que se eliminen por completo los daños y que todo vuelva a ser como antes de que fuera cometido el delito. En todo caso, volver al estado de cosas existente con anterioridad a la comisión del delito es un objetivo que debe intentar alcanzarse. Por ello, cuando el delito haya consistido en la sustracción de un bien el resarcimiento consistirá, primariamente, en su devolución (restitución del art. 111), más el abono, en su caso, de los deterioros y menoscabos que haya sufrido. Si el delito es de otra índole o si la restitución no es posible, jugarán ya las otras modalidades de resarcimiento, en forma específica: obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (art. 112) o resarcimiento por equivalente (art. 113). Ambas modalidades de resarcimiento pueden combinarse entre sí..."* ALASTUEY DOBÓN, Carmen. "Artículo 110." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 448.

nocer al Estado como adquirente. Si se desea que tales activos tengan un destino específico y no solo que ingresen en el patrimonio público, también se requiere la incorporación de disposiciones adicionales en torno a este tema.

Si los bienes decomisados no son comercio lícito, se les debe dar el destino que señalen los reglamentos (v.g., tratándose de armas se aplica el capítulo IX del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas[261]), o en su defecto, se deben inutilizar. P. ej., las drogas deben ser destruidas,[262] al igual que los efectos intervenidos que se relacionan con delitos cometidos contra la propiedad intelectual e industrial.[263] También hay otras disposiciones en el Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción[264] y en la LECrim, concretamente en el capítulo II bis del Título V del Libro II, denominado De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales.

El art. 127.5 CP finalmente, contempla la posibilidad de inutilizar el bien de ilícito comercio. Según la RAE, inutilizar significa *"Hacer inútil, vano o nulo algo"*.[265] Entiendo que la inutilización puede comprender la simple manipulación de los bienes, especialmente aquellos que en principio se consideran peligrosos, de manera que no siempre sea indispensable su completa destrucción. Esta opción que se plantea como el último destino que se debe dar a los bienes decomisados de ilícito comercio, debería incorporarse al texto legal como una alternativa al comiso mismo. P. ej., no ordenar el comiso del bien peligroso cuando esa peligrosidad se pueda acabar a través de una sencilla modificación, o mediante la supresión o alteración de alguna de sus características, que incluso puede no entrañar necesariamente su inutilización. Esta clase de respuestas, que ya se plantean en otros ordenamientos como el alemán, también permitirían evitar un quebranto del principio de proporcionalidad respecto a la trascendencia del hecho y la intensidad en el reproche que se puede hacer a los autores del hecho.[266] Del mismo modo, podría incluirse en la legislación penal la opción de que el bien decomisado que no es intrínsecamente peligroso sea sometido a explotación, sea por la Administración Pública o por otras personas, de manera que se obtenga su mayor rentabilidad.[267] Aunque esta alternativa se puede entender comprendida en el artículo 367 *septies* de la LECrim en relación con los bienes de la criminalidad organizada, pues se encomienda a la Oficina de Recuperación de Activos la administración de dichos bienes[268] (lo que a mi modo

[261] BOE N° 55 de 5 de marzo de 1993.
[262] Artículo 4.4 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y artículo 367 ter, apartado 1 LECrim.
[263] Se dispone de esta manera en el art. 367 ter, apartado 3 LECrim.
[264] BOE N° 294 de 08 de diciembre de 1976.
[265] RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*
[266] Comparte esta opinión MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525. Vid. también MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.,* p. 7.
[267] Sobre la explotación de los bienes, véase MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 413.
[268] "Artículo 367 septies.
El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos.

de ver abarca precisamente la adopción de cualquier medida dirigida a su explotación), debería incorporarse de manera expresa para cualquier bien decomisado, p. ej., en una ley como la LECrim.

X. Algunos principios constitucionales relacionados con la figura jurídica del comiso.

Aunque el comiso es una consecuencia accesoria, eso no significa que haya perdido todo vínculo con los principios básicos presentes en el ordenamiento jurídico que por su carácter general, irradian la normativa penal y procesal penal.[269] Al contrario, participa de algunas de las garantías asociadas a la pena, p. ej., la proporcionalidad con la naturaleza o la gravedad de la infracción (art. 128 CP), o el principio de legalidad en todas sus vertientes.[270]

Aunado a lo anterior, como expuse al examinar la naturaleza jurídica del comiso,[271] por tener de *lege lata* un carácter punitivo, está sometido (o mejor expuesto, *debería estar sometido*) a las garantías que consagra la CE y el CEDH en materia de sanciones.

Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente.
Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.
El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.
El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan."

[269] Esta es la posición de Prats Canut y Morán Mora, quienes señalan reiteradamente que la transformación del comiso de pena a consecuencia accesoria no debe suponer la derogación de las garantías en general. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 658. En igual sentido, OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.,* p. 75.
[270] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50.
[271] Véase capítulo III apartado III.C.2 de esta investigación.

A. Principio de legalidad.

Como medida de carácter penal que supone una restricción de derechos (p. ej., del derecho a la propiedad[272] sobre los instrumentos de la infracción[273]), el comiso está sometido al principio de legalidad, en su dimensión técnica. Además de la ley previa, escrita y estricta,[274] se impone su interpretación restrictiva[275] y se prohíbe la aplicación retroactiva,[276] v.g., la de leyes que amplíen el ámbito de aplicación de esta figura jurídica, como sucede con el comiso ampliado en relación con los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio.

Algunos autores, como Choclán Montalvo, consideran que es parte del principio de legalidad, en su manifestación de garantía procesal, la exigencia de que el comiso sea adoptado en sentencia de forma expresa, tal y como lo señala el art. 1 LECrim. Entiende que el concepto de pena contenido en esta norma debe interpretarse con

---

[272] De conformidad con lo que establece el Protocolo adicional al CEDH, la propiedad solo podrá ser privada por causa pública y en las condiciones previstas por la ley. En igual sentido, el art. 33 CE señala que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes. Aunque en la CE no está contemplado el caso del comiso (pues menciona la indemnización), se puede pensar que si el principio de legalidad se contempla para casos en los que hay una indemnización, con mucha mayor razón regirá en aquellos supuestos donde el legislador no contempló indemnización alguna.

[273] Entiendo que solo se puede hablar de un quebranto al derecho a la propiedad cuando éste es reconocido por el ordenamiento jurídico, p. ej., el derecho de propiedad que tiene el afectado sobre los instrumentos empleados en la comisión de un delito (un vehículo o un inmueble, etc.). Tratándose de las ganancias la situación es distinta. Con independencia de las apariencias existentes, como la infracción no es un modo de adquirir la propiedad (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconozca, su comiso no puede considerarse lesivo de un derecho legítimo.

[274] *"Hoy,..., el principio de legalidad, tanto en su dimensión política cuanto en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, y se traduce en los cuatro principios anteriormente enunciados: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución...Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (lex scripta), la prohibición de analogía (lex stricta), el principio de irretroactividad (lex praevia), así como el principio non bis in idem...""* CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, 1999, pp. 110-111.

[275] GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.,* p. 152; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, pp. 649-650. Estos últimos señalan: *"La consecuencia accesoria de comiso... ha de ser siempre objeto de interpretación restrictiva, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, necesariamente, ha de limitarse, conforme al tenor legal del propio texto del artículo 127 del CP/1995, de manera que las reglas específicas de comiso para el tráfico de drogas (art. 374 CP/1995), no son más que una aclaración, aunque importante, y una aplicación concreta a los delitos relativos al narcotráfico, a los efectos que provienen de una infracción penal y a los instrumentos con que tal infracción se cometió..."*

[276] CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* pp. 339-340. En igual sentido se pronuncia la STS N° 1146/2006 de 22 noviembre; así como CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales, op. cit.,* p. 111. Finalmente, aclaro que me refiero a la ley no favorable. Si es favorable cabe su aplicación retroactiva.

amplitud, con lo cual debe comprender cualquier medida restrictiva de derechos cuya imposición requiera la aplicación de las garantías procesales vinculadas con el principio de la legalidad.[277] Se trata de una postura que ya se perfilaba en la jurisprudencia.[278]

El principio de legalidad se debe aplicar en la determinación del objeto sometido a comiso, lo que supone interpretar restrictivamente los vocablos efectos e instrumentos, así como ganancias. Se debe establecer en la ley el alcance personal de la medida (entiéndase, los sujetos titulares de los bienes sobre los que recae el comiso), así como su contenido y sus efectos.

Un problema adicional surge si entendemos el comiso como una medida de carácter sancionatorio (como de *lege lata* sucede). El art. 25.1 de la CE reza: *"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."* La sanción entonces, es una consecuencia vinculada a la existencia de un delito, una falta o una infracción administrativa únicamente. Ahora, el comiso que se impone en los casos en los que no hay pena alguna (art. 127.4 CP) carece de alguno de los citados presupuestos, ya que no se configura un delito, una falta o una infracción administrativa, sino únicamente una situación patrimonial ilícita. Se trataría entonces, de una medida de carácter punitivo que no tiene como presupuesto o antecedente alguna de las tres hipótesis que de manera taxativa señala la CE. Por esto es tan importante sintonizar la regulación legal del comiso, tanto de efectos e instrumentos como de ganancias, con sus fundamentos y su orientación teleológica, lo que a su vez, implica suprimir los rasgos sancionatorios contenidos en el art. 127 CP.

B. Principio de proporcionalidad. Artículo 128 del Código Penal.

Señala el artículo 128 CP:

"Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente."

El art. 128 CP (no decreto del comiso, o decreto de un comiso parcial), es aplicable en relación con bienes de lícito comercio en dos hipótesis. La primera, cuando

[277] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 31 y CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.,* p. 121.
[278] Vid. v.g., STS N° 2473/1992 de 12 noviembre.

no hay relación entre el valor de los efectos o instrumentos del delito y la infracción penal. La segunda, cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.[279]

Entiendo que solo en la primera alternativa se aborda la cuestión de la proporcionalidad.[280] Concretamente, se incorpora el principio de proporcionalidad en sentido estricto,[281] que en palabras de Mapelli Caffarena, obliga a los órganos jurisdiccionales a considerar la oportunidad del comiso cuando *"el valor o la naturaleza de la infracción (a lo que se ha de sumar el daño que ocasione la pena impuesta por la misma) sea menor que el perjuicio que se causa con el comiso."*[282]

Como se expuso en el primer capítulo de esta investigación, el examen de proporcionalidad se incorporó a la legislación española cuando el comiso tenía el carácter de pena. En aquel contexto, era factible hacer una valoración basada en la culpabilidad del autor. La inclusión del comiso en el catálogo de las consecuencias accesorias no restó trascendencia a ese tema, pues cualquier medida de intervención de derechos[283] está sometida al principio de proporcionalidad, basado en el canon constitucional que busca impedir el sacrificio innecesario de derechos para el fin que

---

279 GALLEGO SOLER, José Ignacio. "Art. 128." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 301. También RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 788. Habla de supuestos alternativos GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 970; PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, 2000, p. 1000 y DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.,* p. 368. Pese a lo anterior, García Arán considera, como señalaré más adelante, que la satisfacción de la responsabilidad civil es un requisito para que no se imponga el comiso o se imponga parcialmente en casos de desproporción. Algo similar sucede con Fernández Pantoja, quien a pesar de hablar también de dos circunstancias, cree que una es cumplimiento indispensable, a saber, la satisfacción de las responsabilidades civiles. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. "Artículo 128." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, p. 1004.

280 En igual sentido, CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 46.

281 El principio de proporcionalidad en sentido amplio incluye los tres subprincipios, idoneidad, necesidad y porporcionalidad en sentido estricto. Cree Mir Puig que los tres conceptos se afirman respecto de un fin beneficioso para intereses públicos o particulares que debe perseguir cualquier intervención estatal que limite derechos fundamentales. Indica: *"La intervención estatal que persiga tal finalidad beneficiosa limitando derechos fundamentales sólo será constitucional si es proporcionada a dicha finalidad, cosa que requerirá que la limitación de derechos resulte: 1) idónea para alcanzar aquella finalidad, esto es, que sea capaz de conseguirla; 2) necesaria para el repetido fin, en el sentido de que éste no se pueda obtener mediante una intervención no lesiva o menos lesiva de derechos fundamentales; 3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que no suponga más coste para los derechos que beneficio a obtener."* MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 96-97; MIR PUIG, Santiago. "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal." En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dirs.). *Constitución y principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 74-78.

282 MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52. Véase también MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 409.

283 GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 972.

se pretende.[284] Hablo de un juicio de comparación entre la finalidad perseguida y el tipo de restricción que se impone a la persona, de manera que la limitación no sea marcadamente superior al beneficio obtenido en favor de la colectividad. Los términos naturaleza y gravedad de la infracción están referidos respectivamente, a la trascendencia del bien jurídico y la intensidad de la lesión provocada a éste.[285] Como el examen se realiza en relación con los objetos, es necesario considerar las circunstancias en las que se efectuará el comiso, v.g., si el bien pertenece al autor de la infracción o a un tercero, o si los bienes son para cubrir necesidades básicas, etc.[286]

El art. 128 CP es una norma que atenúa el carácter imperativo contenido en el art. 127 CP. Algunos creen que también la amplitud de esta última disposición (que autoriza a imponer el comiso a bienes de lícito comercio y bienes que son propiedad de terceros), queda limitada a través del art. 128.[287]

Autores como Manzanares Samaniego considera un desacierto hacer girar sobre la licitud o ilicitud comercial del bien este correctivo, pues se confunde hasta cierto punto la ilicitud con la peligrosidad, lo que a su vez se da porque no se distingue entre el comiso y el destino de lo decomisado. Mientras que la peligrosidad, enten-

---

[284] Sobre lo expuesto por el TC sobre este principio véanse p. ej., las SSTC 136/1999 de 20 julio y 62/1982 de 15 octubre.

[285] MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 409. Para Manzanares Samaniego, en tanto que la naturaleza apunta hacia el bien jurídico protegido, la gravedad lo hace a la pena correspondiente al tipo en abstracto, ya que es la que determina esa gravedad. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 936. En relación con el antiguo artículo 48 CP, Manzanares Samaniego consideró desacertada la referencia hecha a la naturaleza de la infracción, pues en última instancia permite al tribunal seleccionar, con base en personalísimas apreciaciones, aquellas infracciones que considera indignas de la institución. Según él, si el legislador lo que se deseaba era marginar el comiso en ciertas infracciones debió indicarlo expresamente. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El comiso. Artículo 48." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*. Madrid, Edersa, Tomo V-Vol. 1, Libro I del Código Penal, 1985, p. 425. Se trata de una crítica válida hoy en día, máxime si se considera que el art. 127 CP admite el comiso en cualquier clase de infracción (dolosas, imprudentes, hechos contra la seguridad vial, etcétera), con lo cual no se comprende que el juez pueda optar por su inaplicación o su aplicación parcial en razón de la *naturaleza* de la infracción.

[286] Es de esta opinión PUENTE ABA: *"...el art. 128 del CP contiene una regla de proporcionalidad,... Además de este criterio legalmente consagrado, debe destacarse que la jurisprudencia ha valorado otros para dilucidar si el comiso es aplicable o no al caso concreto: así, se ha atendido a la participación concreta de la persona propietaria de los bienes posiblemente decomisables; además, para cuantificar el valor del bien se ha tenido en cuenta no sólo su coste de mercado, sino también el valor de uso para su dueño, el grado de utilidad para satisfacer sus necesidades."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 991. También léase PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 12 y MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52. Esto desprende también de la STS N° 594/1997 de 28 abril. En sentido contrario, Manzanares Samaniego señala que: *"Nada hay en el artículo 128 sobre las circunstancias personales del afectado por la consecuencia jurídica... Hay, sin embargo, autores que prefieren atenerse a la pena concreta, lo que sin duda, sería más justo."* MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 936.

[287] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; et ál., *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 546. Sobre los requisitos que contempla el art. 128 CP, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ; *et ál., Manual de DPPG, op. cit.,* p. 469.

dida como "*proyección hacia probables delitos futuros*", puede ser un requisito para el comiso de instrumentos y productos de la acción constitutiva de delito o falta, la simple ilicitud comercial no. Aunado a esto, no todos los objetos peligrosos son de ilícito comercio. La posibilidad de adquirir libremente cosas peligrosas, pero fácil y legalmente sustituibles, es el argumento para rechazar su comiso.[288]

Siempre en esta línea de ideas, Manzanares Samaniego entiende que este correctivo tiene sentido solamente cuando los bienes no son peligrosos, pues si lo son, el legislador podría regular su comiso de manera automática, bastando la previa comprobación de esa circunstancia. La licitud o ilicitud comercial, agrega, solo se tomará en cuenta en la ejecución. No hay obstáculo para que el bien de ilícito comercio quede en manos de la autoridad correspondiente, la misma que actuaría si no hubiese intervención judicial.[289] En sentido contrario, Saavedra Ruiz señala que la licitud comercial debe entenderse de forma amplia, con lo cual se deben tomar en cuenta las normas administrativas o civiles que incidan en la licitud del tráfico del efecto o instrumento que se trate.[290] Esta también parece ser la postura de García Arán, para quien es lógico que los objetos deban ser de lícito comercio, pues en caso contrario se impone la necesidad de retirarlos de circulación.[291]

Hecha esta exposición, corresponde tomar postura. Creo el tema debe resolverse distinguiendo entre la licitud comercial y la peligrosidad (precisamente lo que se echa de menos en el análisis de Saavedra Ruiz y García Arán). El que un bien sea sometido a ciertos requisitos administrativos que no se han cumplido, no le hace peligroso intrínsecamente, o de ilícito comercio de manera absoluta. Por lo tanto, el destino que se debe dar a ese bien debería ser el mismo que corresponde a cualquier otro que esté en el comercio de los hombres.

En el art. 128 CP no se contempla la peligrosidad de los efectos e instrumentos y esto es un problema, ya que puede ordenarse el comiso en relación con bienes no peligrosos, o prescindirse de él a pesar de su peligrosidad. Es indispensable considerar el fundamento y la función que tiene este comiso y en consecuencia, de *lege ferenda* autorizar al órgano jurisdiccional para que no imponga la medida cuando los bienes no son peligrosos, excluyendo así, p. ej., los bienes que se pueden adquirir fácilmente en el comercio. También se pueden incorporar al texto legal, algunas medidas de incalculable valor en lo que a la aplicación del principio de proporcionalidad se refiere, mismas que ya están contenidas en otros ordenamientos jurídicos, v.g., la opción de inutilizar la cosa, modificarla, o disponer de ella en determinada

[288] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.,* pp. 247-248. MANZANARES SAMANIEGO, "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *BMJ, op. cit.,* pp. 6-7.

[289] MANZANARES SAMANIEGO, "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 248.

[290] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 853.

[291] GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 970.

forma (§74 b del CP alemán).[292] Se trata de disposiciones que solucionan de mejor manera la necesidad existente, al cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Así p. ej., cuando en lugar de disponer la pérdida de titularidad del bien, se ordena solamente un cambio en sus características. Del mismo modo, tampoco se debe prescindir del comiso cuando a pesar de la desproporcionalidad entre el valor del bien y la naturaleza o gravedad de la infracción, no se ha neutralizado el peligro que supone ese bien.[293]

Tratándose de la satisfacción de las responsabilidades civiles, la disposición está relacionada con consideraciones victimológicas[294], pues incluso cuando el comiso sea proporcional, si están satisfechas las responsabilidades civiles cabe imponerlo parcialmente, o no imponerlo por completo.

Creen algunos que la satisfacción de la responsabilidad civil debe entenderse como un requisito para renunciar al comiso en caso de desproporción.[295] A mi modo de ver no, pues del tenor de la norma se desprende que son hipótesis excluyentes.

---

[292] "§ 74b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
(1) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so darf sie in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 und des § 74a nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung betroffenen Täter oder Teilnehmer oder in den Fällen des § 74a den Dritten trifft, außer Verhältnis steht.
(2) Das Gericht ordnet in den Fällen der §§ 74 und 74a an, daß die Einziehung vorbehalten bleibt, und trifft eine weniger einschneidende Maßnahme, wenn der Zweck der Einziehung auch durch sie erreicht werden kann. In Betracht kommt namentlich die Anweisung,
1. die Gegenstände unbrauchbar zu machen,
2. an den Gegenständen bestimmte Einrichtungen oder Kennzeichen zu beseitigen oder die Gegenstände sonst zu ändern oder
3. über die Gegenstände in bestimmter Weise zu verfügen.
Wird die Anweisung befolgt, so wird der Vorbehalt der Einziehung aufgehoben; andernfalls ordnet das Gericht die Einziehung nachträglich an.
(3) Ist die Einziehung nicht vorgeschrieben, so kann sie auf einen Teil der Gegenstände beschränkt werden."
StGB.

[293] Reclama un vínculo entre la aplicación del art. 128 y la peligrosidad del bien RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 788.

[294] Así lo indica MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52. En un sentido similar, RAMÓN RIBAS, "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *EPC, op. cit.,* p. 531 y RAMÓN RIBAS, "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* p. 674.

[295] Dice García Arán: *"...cabría renunciar total o parcialmente al comiso desproporcionado, siempre que se hubiera satisfecho la responsabilidad civil, puesto que en caso contrario la venta de los bienes de lícito comercio deben servir para satisfacerla."* GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 973. Esta posición también parece desprenderse de las palabras de Prats Canut y Morán Mora para quienes *"...parece razonable y responde a un principio de coordinación de los preceptos penales, que si los efectos del comiso se aplican en primer término a cubrir la responsabilidad civil "ex delito" (art. 127 CP/1995), no lo es el renunciar al mismo si dicha responsabilidad no está cubierta, porque justamente en el ámbito de reparación a la víctima es donde encontrará su justificación en términos de proporcionalidad."* PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 659. Vid también MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 410.

Además, la proporcionalidad del comiso en un caso concreto se valora de cara al cumplimiento de los fines que persigue éste y la satisfacción de las pretensiones civiles no es uno de esos propósitos. Lo anterior no excluye que los bienes cuyo comiso no se ordena, pero sobre los cuales pesa alguna medida cautelar, puedan responder por tales pretensiones, como sucedería con cualquier otro bien que integre el patrimonio de quien sea considerado responsable en el ámbito civil. Igualmente, bien puede pasar que la responsabilidad civil no se haya satisfecho completamente sino solo en parte (p. ej., tratándose de varios condenados solo algunos han satisfecho su cuota), o que el condenado no sea solvente, hipótesis en las cuales no parece razonable que se impida no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, cuando motivos de proporcionalidad así lo aconsejan.[296]

Del mismo modo, en caso de que las responsabilidades civiles estén satisfechas, el comiso sigue siendo facultativo, así que solo deberá proceder cuando se requiera para alcanzar los fines que le son particulares a esta medida. V.g., no se puede prescindir del comiso en relación con bienes que son peligrosos simplemente porque se han cubierto las citadas responsabilidades.

En el art. 128 CP solo se ha contemplado el comiso de efectos e instrumentos, excluyéndose el de las ganancias. Algunos critican la omisión[297] y otros como Aguado Correa, creen que a pesar de esto, el principio de proporcionalidad será aplicable a su comiso pues tiene rango constitucional.[298] En sentido contrario, Saavedra Ruiz estima lógica la exclusión de las ganancias, toda vez que tienen un origen ilícito[299] y la licitud comercial es un requisito contemplado en el art. 128. Esta última también es la postura de Manzanares Samaniego;[300] Peris Riera y Plá Navarro;[301] Mapelli Caffarena[302] y Cazorla Prieto, quien cree que no se puede dejar al culpable enriquecerse con los beneficios obtenidos.[303]

---

296 *"Si bien el hecho de que, en ocasiones, la responsabilidad civil puede estar fragmentada, por existir varios responsables o por haberse señalado unos plazos, hace que la condición legal de que esté completamente satisfecha pueda resultar excesivamente exigente."* CUELLO CONTRERAS; MAPELLI CAFFARENA, *Curso de DPPG, op. cit.,* p. 370. Creen también demasiado rigurosa la exigencia de que las responsabilidades civiles estén satisfechas por completo, PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, 2000, p. 1001; CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 705 y MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Editorial Civitas S.A., 3° edición, 1996, p. 216.

297 FERNÁNDEZ PANTOJA, "Artículo 128." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, p. 1004.

298 AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 510.

299 SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 853.

300 Se excluyen las ganancias por ser la más clara manifestación del enriquecimiento ilícito: MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 935.

301 PERIS RIERA; PLÁ NAVARRO, "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* Tomo IV, 2000, p. 1001.

302 En un artículo de revista, Mapelli Caffarena sin dar sus razones, señaló que la exclusión de las ganancias del art. 128 CP no significaba que su comiso estuviese fuera del ámbito de aplicación de

Desde mi óptica, el principio de proporcionalidad debe aplicarse también a las ganancias, básicamente porque aunque en su origen están vinculadas a la comisión de una infracción, no son intrínsecamente peligrosas y sobre todo, porque como señalé en el capítulo III, el comiso de ganancias es una medida de Derecho público y de *lege lata* con carácter sancionador, de ahí que deba estar sometida a los principios que limitan el poder de imperio del Estado, como lo son los de legalidad o de proporcionalidad aquí expuesto. Se trata de principios que tienen fundamento constitucional, dirigidos a limitar y condicionar la legitimidad de la intervención del aparato estatal en un Estado de Derecho.[304] Nótese además que la aplicación del principio de proporcionalidad al comiso de las ganancias es una opción que también se contempla en otras legislaciones, p. ej., en el §73 c I del StGB se prevé la exclusión de la confiscación cuando sea de una carga o dureza excesiva para el afectado.[305] Finalmente, aunque en efecto, por la orientación teleológica que caracteriza al comiso de ganancias (corregir una situación patrimonial ilícita), no serán comunes los casos donde la medida pueda considerarse desproporcional, ciertamente los pueden haber. Choclán Montalvo p. ej., piensa en el penado que ha realizado *ex post* actos de reparación a favor de la colectividad, que compensen con creces el beneficio injusto obtenido.[306] Por todo esto y para hacer innecesaria una interpretación extensiva del art. 128 CP como la que sugiere realizar Aguado Correa (que no se omite indicar es viable jurídicamente, pues el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y por ende, constituye un elemento directivo de todo el ordenamiento jurídico), se debe reformar la norma e incluir el término *ganancias*.

Finalmente, como el principio de proporcionalidad es de aplicación general, hay que entender que el art. 128 CP rige tanto para los comisos realizados con base en el art. 127 CP como para aquellos que se disponen conforme algunas regulaciones específicas contenidas en la Parte Especial.[307] Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que además de reconocer la aplicación del

---

los principios de intervención mínima y proporcionalidad: MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52. En una obra posterior se pronunció con mayor detenimiento sobre el tema, señalando que el art. 128 nunca se debía aplicar tratándose de las ganancias. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, pp. 409, 415.

303 CAZORLA PRIETO, "El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002. Caso Banesto." En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; ZUGALDÍA ESPINAR, *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, op. cit.,* p. 82.

304 *"El principio de proporcionalidad es un límite constitucional a cualquier intervención estatal que afecte derechos fundamentales."* Así, MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.,* p. 95.

305 "§ 73c Härtevorschrift
(1) Der Verfall wird nicht angeordnet, soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre. Die Anordnung kann unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat.
(2) Für die Bewilligung von Zahlungserleichterungen gilt § 42 entsprechend."
StGB.

306 CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 47.

307 Son de la misma opinión AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 511 y GALLEGO SOLER, "Art. 128." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 301.

principio de proporcionalidad en relación con el comiso,[308] también ha señalado que el art. 128 es aplicable a las formas especiales de comiso incorporadas en relación con algunos delitos, p. ej., en materia de narcotráfico.[309] Siempre sobre este tema, algunos autores exceptúan de lo anterior las ganancias contempladas en el art. 431 CP,[310] pues por ser ganancias, no están abarcadas en el art. 128 CP. Reitero, ese extremo es intrascendente, pues el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional, con lo cual no es necesario que la ley y en este caso concreto, el Código Penal, lo consagre para que su aplicación tenga lugar.[311] Esto sin embargo, no elimina la necesidad de incluir las ganancias de forma expresa en el art. 128 CP, para evitar cualquier duda que pueda surgir al respecto.

C. Principio de culpabilidad.

Hay quienes estiman que el comiso por ser una consecuencia accesoria, no está sometido al principio de culpabilidad, principio que cuenta con fundamento constitucional[312] y que se vincula con la imposición de las sanciones.[313]

---

[308] Vid. la STS N° 798/2008 de 12 noviembre. En ella se indica que si bien la aplicación del comiso no se compadece con los principios de proporcionalidad y divisibilidad propios de la aplicación de las penas (pues no es una pena sino una consecuencia accesoria), el legislador, a través del art. 128, dispuso la aplicación de ese principio. Igualmente, vid. las SSTS N° 844/2007 de 31 octubre y 397/2008 de 1 julio.

[309] V.g., SSTS N° 1030/2003 de 15 julio; 844/2007 de 31 octubre y N° 397/2008 de 1 julio.

[310] Así MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, p. 937. Saavedra Ruiz considera que el art. 128 CP se aplica a todos los supuestos de comiso previstos en la Parte Especial, salvo el del artículo 431, en relación con las dádivas, presentes o regalos en los delitos de cohecho y tráfico de influencias, *"por razones de toda evidencia",* que lamentablemente, no expone. SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 853. Prats Canut y Morán Mora primero señalan que el art. 128 es una regla general, aplicable a los tipos penales de la Parte Especial excepto a los supuestos previstos en el artículo 431 CP, *"en que ha de decretarse preceptivamente el comiso en los casos de cohecho"* y luego, incurriendo en lo que creo es una contradicción, señalan que los arts. 127 y 128 son las guías para interpretar restrictivamente normas extensivas en materia de comiso. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, pp. 647 y 661 respectivamente.

[311] Aunque el principio de proporcionalidad en sentido amplio no está consagrado expresamente en el texto de la CE, se admite sin reservas pues *"...se deriva del propio reconocimiento constitucional de principios, como los que acogen derechos fundamentales, que por su propia naturaleza no tienen determinados de antemano sus límites, por lo que sus limitaciones posibles dependen de que en el caso concreto sirvan a la satisfacción de otros principios sin suponer mayor coste que beneficio... Más que un principio independiente, la proporcionalidad es el criterio de solución de los concretos conflictos entre principios, exigido por la propia pretensión de vigencia de todos los principios en conflicto."* MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.,* pp. 100-101. Si a pesar de no estar consagrado expresamente en la CE, se reconoce el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, con mayor razón debemos entender que su aplicación en el ámbito penal no dependerá de su reconocimiento expreso en el art. 128 CP, o en cualquier otra norma perteneciente a esta rama del ordenamiento jurídico.

[312] De este criterio, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal.* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, pp. 146-147; MIR PUIG, *Bases constitucionales del Dere-*

Ciertamente, si aceptásemos la aplicación de ese principio, el comiso solo se podría imponer al sujeto declarado penalmente responsable de la infracción y exclusivamente sobre los bienes de su propiedad. Del mismo modo, siendo que la culpabilidad es un concepto graduable,[314] el comiso también debería serlo, de manera que la intensidad de esta consecuencia jurídica sea acorde a la entidad de la infracción cometida. En la legislación española la situación es otra, pues el art. 127 CP contempla el comiso en casos donde no se ha impuesto una pena y en relación con bienes que pertenecen a terceros. Aunque estas circunstancias demuestran que la aplicación del comiso no guarda relación con la culpabilidad del autor o partícipe de la infracción, Choclán Montalvo cree que tratándose de los efectos e instrumentos el comiso no debe sobrepasar la medida de aquella. Por eso, señala el autor, el legislador estableció como correctivo el principio de proporcionalidad, o la cláusula de rigor contenida en el art. 128.[315] No concuerdo con él. Entiendo que el comiso no depende de una conducta culpable. El de efectos e instrumentos debe tener como criterio rector la peligrosidad de los bienes. De esa peligrosidad depende (o debería depender) tanto la procedencia de la medida como su extensión, sin que tenga trascendencia la culpabilidad que pueda atribuírsele al autor o partícipe (persona que además, puede no ser el titular del derecho sobre el bien a decomisar). Algo similar sucede con el comiso de ganancias, pues por su finalidad (supresión de una situación patrimonial ilícita), carece de todo interés la culpabilidad con que haya actuado el responsable criminal.

Dicho esto, no podemos dejar de mencionar que el comiso, tanto el de efectos e instrumentos como el de ganancias, de *lege lata* tiene un carácter sancionatorio. Reconocer esto apareja un problema, ya que debería someterse su aplicación al principio de culpabilidad y los demás principios que garantizan la legitimidad de una sanción.[316] En consecuencia, el comiso solo podría disponerse tras la imposición de una condena y únicamente sobre bienes del condenado.[317] Si no se desea esta situación será necesaria una reforma legal del art. 127 CP, que elimine los componentes sancionatorios que contiene el comiso (p. ej., es necesario introducir como elemen-

---

cho Penal, op. cit., p. 125 y JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho Penal. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa.* Madrid, Editorial Dykinson S.L., N° 5, 1999, pp. 42-44. A pesar de no estar consagrado constitucionalmente, estos autores relacionan el fundamento de este principio con el respeto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

313 RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, pp. 775 y 779; MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal, op. cit.,* p. 134.

314 CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales, op. cit.,* p. 221.

315 CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 340 y CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, pp. 121-122.

316 De la misma opinión CORTÉS BECHIARELLI, "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, op. cit.,* p. 115 y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Comiso." En: JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario.* Madrid, El Derecho y Quantor, S.L., 2010, p. 96.

317 Véase lo dicho en relación con la transformación del comiso de pena a consecuencia accesoria: cap. III, apartado II.

to de valoración la peligrosidad de los efectos e instrumentos -intrínseca o en relación con alguien- y excluir el comiso por valor equivalente en relación con estos). Si se desea conservar el carácter sancionatorio que se asocia al comiso por valor equivalente (pues se entiende como una sanción por haber frustrado el comiso de los bienes directamente vinculados con la infracción), para no vulnerar el principio de culpabilidad, se deberá como mínimo, restringir la aplicación de esta forma de comiso, p. ej., a los casos en que el responsable criminal ha sido responsable también de impedir el comiso.

D. Presunción de inocencia.

La presunción de inocencia, cuya naturaleza de presunción en sentido técnico jurídico es cuestionada doctrinalmente,[318] es una exoneración a favor del acusado de la carga de la prueba, de manera que si quien acusa no puede procurar suficiente prueba de cargo para enervar ese principio, deberá declararse la inocencia del primero.[319] Dicho en otras palabras, si no hay prueba de cargo que la desvirtúe, deberá optarse por la inocencia y no por la culpabilidad.[320]

---

[318] Algunos consideran que no es una presunción pues no tiene los elementos de ésta (hecho base, nexo lógico, hecho presunto). Así, MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia.* Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999, p. 37; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada, Editorial Comares, 2007, p. 56 y SILVA MELERO, Valentín. "Presunciones e indicios en el proceso penal." En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Madrid, Instituto Editorial Reus, N° 1, Año LXXXIX, julio-agosto de 1944, p. 533. En sentido contrario, FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal.* Madrid, La España Moderna, Tomo I, 1930, pp. 244-245; CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 593. Según este último, *"...se aprecia una estructura verdaderamente presuntiva, en la que se puede considerar como máxima de experiencia la consideración de que es normal... que quien vive en sociedad pacíficamente y dedicándose a sus menesteres cotidianos no cometa delito alguno. El hecho básico es la afirmación de que todas las personas viven en sociedad pacíficamente y dedicadas a sus ocupaciones habituales para procurarse lo necesario para vivir. El hecho consecuencia es la afirmación de que quien vive en sociedad se considera, en principio y salvo prueba en contrario, como una persona pacífica y dedicada a sus asuntos propios, o sea, como una persona no responsable de ningún acto delictivo o, si se prefiere, como inocente o inculpable de cualquier delito."* Finalmente, COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Derecho Procesal Penal Español.* Madrid, CESEJ-Ediciones, 2006, p. 77. Para ellos, la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* y se es absolutamente inocente hasta que haya una sentencia condenatoria firme y definitiva.

[319] BORRAJO INIESTA, Ignacio. "Presunción de inocencia. Investigación y prueba." En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 18. Al respecto, dice Pérez-Cruz Martín: *"...significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y... de la intervención en los mismos del inculpado. Practicada una mínima prueba, en principio, la valoración de la misma corresponderá al tribunal enjuiciador, conforme prescribe el art. 741 LECrim."* PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *Derecho Procesal Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2010, p. 608.

[320] COBO DEL ROSAL; *et ál., Derecho Procesal Penal Español, op. cit.,* p. 77-78.

En tanto que la presunción de inocencia lo que exige es que se articulen *todos*[321] los medios de prueba adecuados para extraer conclusiones lógicas en un caso concreto, el *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración de la prueba, de forma que procederá la absolución cuando ésta no sea suficiente para que el órgano jurisdiccional alcance un estado de certeza sobre los hechos y sobre la responsabilidad del imputado en ellos.[322] En este punto es donde se relacionan la presunción y el principio: si no hay suficiente prueba de cargo que desvirtúe la inocencia, deberá absolverse.

Ahora bien, la presunción de inocencia no se agota en la prueba de los elementos del delito, sino que alcanza la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos de naturaleza sancionatoria, como lo es de *lege lata* el comiso.[323] Por lo expuesto, se debe demostrar la concurrencia de los presupuestos establecidos por la ley para su imposición. Entiendo que se debe alcanzar *un juicio de certeza* en cuanto al vínculo que une los bienes a decomisar y la infracción. El órgano jurisdiccional debe tener por demostrado que el bien es un efecto, un instrumento o la ganancia proveniente de un delito, conclusión a la que se puede arribar a través de prueba directa o indirecta.[324]

---

321 Según Nieva Fenoll, cuando el TC habla de una *mínima actividad probatoria que pueda entenderse como de cargo*, en realidad se refiere a la necesidad de que se realice toda la actividad probatoria posible en el caso concreto, lo que supone la prueba de cargo como la de descargo. *"En realidad, más que mínima actividad probatoria, si se consulta la jurisprudencia de los últimos casi treinta años, parece que el Tribunal Constitucional debería haber hablado más bien de la "máxima actividad probatoria", a fin de describir con mayor verosimilitud lo exigido."* NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010, p. 94.

322 *"...si no existe prueba de cargo que pueda considerarse como razonablemente suficiente, desarrollada y practicada de manera correcta, no puede haber condena porque no se ha destruido convenientemente la presunción constitucional de inocencia. Pero, si tal prueba ha existido, si bien de su resultado pueden desprenderse dudas, es facultad del Tribunal absolver en virtud del principio in dubio pro reo. Podría decirse, en este sentido, que la distinción se resuelve en una cuestión de grado, en la determinación de cuando no ha existido en absoluto prueba de cargo frente a los supuestos en que la misma se ha dado en alguna medida."* VILATA MENADAS, Salvador. "Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002)." En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002*. Navarra, Editorial Aranzadi, Tomo III (Setiembre-Diciembre), 2003, pp. 2239-2240.

323 Lo entiende de esta manera CHOCLÁN MONTALVO, en sus obras *El patrimonio criminal, op. cit.*, p. 35 y "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.*, p. 125. Asimismo Prats Canut y Morán Mora, quienes señalan: *"...la consecuencia accesoria de comiso está igualmente vinculada por el derecho a la presunción de inocencia que se desenvuelve técnicamente como una presunción "iuris tantum", de modo que puede ser desvirtuado cuando el Tribunal sentenciador haya dispuesto de una mínima actividad probatoria de cargo, obtenida con las pertinentes garantías legales y constitucionales, que tanto puede ser directa como indirecta, o indiciaria; siempre, en este último caso, que existan diversos indicios, debidamente probados y que partiendo de ellos se pueda llegar al hecho consecuencia..."* PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 656.

324 Léase el cap. V, apartado I.D.4.a de esta investigación, sobre la aptitud de la prueba indirecta para destruir la presunción de inocencia.

E. Principio acusatorio, derecho de defensa y fundamentación de la sentencia.

Aunque el principio acusatorio no aparece expresamente reconocido en la CE; su art. 24.2[325] consagra una serie de garantías jurisdiccionales[326] dentro de las cuales se ha ubicado este principio. Como señala Martínez Galindo, *"el derecho a la defensa, a ser informado de la acusación, y a un proceso con todas las garantías y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva como compendio de todos ellos, integran el denominado sistema acusatorio, donde está incluido el principio acusatorio."*[327]

El comiso, al perder la condición de pena accesoria, dejó de estar abarcado por el art. 79 CP que en lo que interesa, prevé su preceptiva aplicación cuando así lo demande la pena principal. Como consecuencia accesoria y sobre todo, como consecuencia accesoria cuya imposición está sometida expresamente al principio de proporcionalidad, su imposición no es forzosa. Esta situación tiene una clarísima consecuencia a nivel procesal, a saber, la necesidad de que el tema deba ser objeto de debate entre partes, con todo lo que ello implica. El órgano jurisdiccional no puede actuar de oficio y la solicitud de comiso, que no puede ser genérica (p. ej., no cabe solicitar, sencillamente, que se impongan las consecuencias accesorias que sean procedentes, o solicitar el comiso de los instrumentos sin decir cuáles son) y debe estar fundamentada.[328] La defensa debe tener la oportunidad de rebatir la solicitud y ofrecer la prueba que estime oportuna, en los mismos términos que lo puede hacer con respecto a cualquier otro tópico sometido a discusión.[329]

Tanto la jurisprudencia[330] como la doctrina[331] reconocen pacíficamente que el comiso es una consecuencia jurídica que no puede ser decretada de oficio. La parte

[325] "Artículo 24.
1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia…"
[326] Así las llama MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal, op. cit.,* p. 78.
[327] MARTÍNEZ GALINDO, Gema. "Vigencia del principio acusatorio." En: *La Ley Penal.* Editorial La Ley, N° 1, Sección Informe de Jurisprudencia, Enero 2004. Disponible en: http://laleydigital.laley.es.
[328] Comparten esta opinión PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 660.
[329] El Ministerio Fiscal acepta sin reparos las conclusiones antes vertidas. En la Circular N° 2/2005, la FGE señala expresamente que el comiso solo puede ser acordado a petición de las partes acusadoras, salvo que se trate de géneros prohibidos o de ilícito comercio, a cuyo comiso se procederá dada su naturaleza. También considera indispensable individualizar los bienes cuyo comiso se solicita sin que quepa una petición genérica.
[330] STC N° 123/1995 de 18 julio y SSTS N° 2473/1992 de 12 noviembre; 1285/1994 de 21 junio; 1216/1995 de 29 noviembre; 91/1996 de 7 febrero; 418/2001 de 12 marzo; 1349/2002 de 19 de julio; 423/2003 de 17 marzo; 987/2004 de 13 septiembre; 916/2004 de 16 julio; 483/2007 de 4 junio y 640/2011 de 21 junio, entre muchas otras.

acusadora debe solicitar su imposición y esa petición se debe someter al debate contradictorio. La necesaria fundamentación de la sentencia en cuanto a este extremo también está fuera de discusión.[332]

Siempre sobre este tema, creo necesario examinar el contenido de la STS N° 418/2001 de 12 de marzo. En este caso, a pesar de reconocer que el Ministerio Fiscal no solicitó el comiso de la droga y el dinero, lo que contraviene el principio acusatorio, el TS solo acogió el reclamo en relación con el dinero, manteniéndose el comiso de la droga pues según su postura, al tratarse de un bien de tráfico ilícito su destino no puede ser otro que el decretado por el tribunal sentenciador. Esta posición también la comparte Zaragoza Aguado, autor que entiende que la ausencia de petición no impide el comiso de géneros prohibidos o de ilícito comercio.[333] A mi modo de ver, esta interpretación solamente cabe en casos donde la legislación prevé expresamente el destino que se debe dar a ciertos bienes peligrosos (p. ej., el art. 374 CP prevé la destrucción de la droga). No siendo así y a pesar de la peligrosidad del bien, será necesario respetar el principio acusatorio.

Para garantizar la discusión sobre los presupuestos fácticos que autorizan la imposición del comiso, es indispensable dar audiencia al titular del bien cuyo comiso se reclama, sea el autor o partícipe de la infracción o un tercero, para que pueda defender la desconexión entre el bien y el hecho. Así se expresa, p. ej., la STC N°

---

331 GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín. "El comiso: examen del artículo 374 del Código Penal." En: *Revista general de derecho.* Valencia, Año LIV, N° 640-641, Enero-Febrero 1998, pp. 86, 90-91; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* pp. 536-537; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 976; GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 970; SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 844; AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 505; GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 299; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 648; DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.,* p. 373; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "Los llamados fraudes alimentarios y el Código Penal." En: *La Ley Penal.* Editorial La Ley, N° 69, Sección Legislación aplicada a la práctica, Marzo 2010, apartado IV de esta obra. Disponible en: http://laleydigital.laley.es; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. "Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?" En: *Diario La Ley.* N° 6771, 4 septiembre 2007, Año XXVIII, apartado II. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx; CAMPUS ALCARAZ, Natividad; URBANO LANZAS, Guillermo. "El comiso en el nuevo Código Penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina." En: *Revista de Ciencias Penales.* Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 2, N° 1, I semestre de 1999, p. 115, entre muchos otros.

332 La decisión de ordenar el comiso debe ir precedida de la correspondiente motivación, así SSTS 536/2000 de 27 marzo; 998/2002 de 3 de junio; 343/2003 de 7 de marzo; 297/2006 de 6 de marzo, 859/2007 de 24 de octubre y 640/2011 de 21 junio, entre muchas otras. Cfr. también CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 33.

333 ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado." En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* pp. 48-49.

92/1997 de 8 de mayo y las SSTS N° 99/2008 de 6 de febrero y N° 56/1997 de 20 de enero. El problema que se suscita es que a ese tercero se le debe conceder la condición de parte sin que haya una regulación que contemple su intervención en el proceso, de ahí que sea necesario buscar soluciones acudiendo a la analogía. P. ej., en la mencionada sentencia N° 56/1997, el TS habla de la aplicación de las reglas previstas para los supuestos de responsabilidad civil de terceras personas (615 y siguientes de la LECrim).[334] Como consecuencia de este vacío legal, en la práctica judicial son las características del caso concreto lo que permite determinar si se han vulnerado o no los derechos del tercero en el proceso. Veamos algunos ejemplos. En la STS N° 1081/1997 de 23 de julio, se confirmó lo dispuesto en torno al comiso, tras señalar que en la fase de ejecución de sentencia existía la posibilidad de que el titular demostrase que los bienes pertenecían a un tercero no responsable del delito. Esta tesis se reiteró en la STS N° 475/2004 de 7 de abril. El TS confirmó el comiso de un vehículo que había sido catalogado como instrumento de la infracción, sin perjuicio de que en la ejecución de la sentencia recurrida, la esposa del recurrente pudiese acreditar que era titular de buena fe del vehículo decomisado. De esto se extrae que para el TS, aunque es deseable que el tercero pueda defender sus intereses desde el inicio del proceso, la intervención a una avanzadísima altura procesal (fase de ejecución de sentencia) no vulneraría sus derechos fundamentales. En un sentido diverso, en la STS N° 1349/2002 de 19 julio, concluyó que el comiso de los bienes hallados en el domicilio de la imputada y su esposo que no fue parte en el proceso, lesionaba el derecho de defensa de éste. Ante este panorama el TS suprimió dicho comiso. Con una orientación similar, la STC N° 151/2002 de 15 de julio, resolvió un amparo promovido contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Álava confirmada por

334 *"Con este punto de partida, parece obligado poner de manifiesto que, para evitar esa indefensión constitucionalmente proscrita, cuando se investiguen delitos en los que sea previsible la medida del comiso, el Juez Instructor deberá proceder, en primer término, a ordenar el depósito de los efectos e instrumentos del delito, como medida cautelar encaminada a asegurar la efectividad de la resolución que, en definitiva, pueda tomarse en la sentencia penal sobre los mismos. Tal depósito, que habrá de practicarse en la forma legalmente prevista en razón de la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga, deberá notificarse a los interesados, que serán oídos sobre el particular -dado que el comiso no podrá afectar a los terceros no responsables del delito, a los que pertenezcan los bienes por haberlos adquirido legalmente de buena fe-. Y, desde ese momento, dichos terceros podrán intervenir en el proceso, nombrando Letrado y Procurador, si preciso fuere, para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, tanto a su instancia como a instancia de las demás partes personadas en la causa -normalmente las acusadoras-; llegando su intervención, lógicamente, a la formulación de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas -bien que limitadas a la defensa exclusiva de sus derechos-. A falta de una concreta previsión legal sobre el particular, y por razón de analogía, podrían aplicarse, en lo procedente, las normas previstas en los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de «responsabilidad civil de terceras personas», formando «pieza separada», interpretadas aquéllas de conformidad con los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 LOPJ). Por su parte, los Tribunales de instancia podrían acordar, en su caso y por razones de analogía también, la suspensión del juicio oral y la práctica de la pertinente instrucción suplementaria, para subsanar las posibles deficiencias advertidas en la fase de instrucción, que afecten a la materia examinada..."* Esta solución es la misma que asumió la FGE en la Circular N° 1/2005, de 31 marzo. Igualmente, la estima oportuna ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 420; DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.,* p. 367 y PLAZA SANJUAN, Vicente. "Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito." En*: La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.* Madrid, La Ley, N° 17, Sección Estudios, Junio 2005, p. 20.

el TS, que además de condenar al cónyuge de la recurrente, ordenó el comiso de un vehículo de motor que ella reclamó como suyo de manera exclusiva. En esa sentencia, el TC desestimó el reclamo de esa persona, al considerar que había tenido conocimiento de la actuación judicial desde el inicio del procedimiento y por consiguiente, pudo poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial, para limitar el alcance del comiso a la cuota de su cónyuge antes de que la sentencia condenatoria fuese ejecutada.

Si como señala el TS y el TC,[335] la indefensión que tiene relevancia constitucional se da cuando se produce un real menoscabo en el derecho de defensa, de manera que no es posible defenderse en términos reales y efectivos, lo que puede darse porque se priva al interesado *"de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa del real derecho"*; o porque se dicta una resolución que menoscaba *"la esfera jurídica de quien no ha sido parte en el juicio previo a la resolución, y que no ha tenido por tanto oportunidad de defenderse de la acusación en que se pedía el pronunciamiento"*, creo dudoso concluir que se respeta el derecho de defensa del tercero que solamente ha tenido derecho a recurrir una determinada sentencia que ordena el comiso sobre sus bienes, o de la persona que debe demostrar en la fase de ejecución de sentencia su condición de tercero de buena fe, como si no fuese precisamente lo contrario (que le demuestren que es de mala fe), lo que se impone en razón del principio de inocencia. Lo que sí es claro es que este confuso panorama es producto del vacío normativo que hay en cuanto a la intervención que debe tener el tercero titular dentro del proceso penal. Se trata de una vacío que no debería subsanarse a través de la interpretación (con los resultados disímiles que se pueden producir, como ya vimos), sino a través de la reforma de la LECrim.

Cuando se habla de terceros que no han tenido oportunidad de defenderse de una medida punitiva, lógicamente se hace referencia a terceros reales, no aparentes, así que no hay indefensión cuando este tercero es ficticio. *"… es difícil concebir que se ha producido indefensión cuando se ha omitido, muchas veces por la imposibilidad que deriva de la propia trama del acusado, la audiencia al hombre de paja o a la sociedad meramente formal, sin realidad económica, constituida a nombre de personas de confianza, pero dominadas fáctica y económicamente por el acusado oído en juicio."*[336] Se trata de un criterio atinado, pues no es comprensible que la apariencia formal se imponga sobre la verdadera situación de los bienes.[337]

Finalmente, un problema distinto es si el condenado puede impugnar lo decidido en cuanto al comiso con el argumento de que los bienes sobre los que recae la medida son de un tercero, o si solo el tercero puede hacerlo en defensa de sus

[335] SSTS N° 599/2001 de 10 abril y 1349/2002 de 19 julio; SSTC 145/1990 de 1 de octubre; 106/1993 de 22 de marzo y 205/1994 de 11 de julio.

[336] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 37. Vid. igualmente CHOCLÁN MONTALVO, "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, *EDJ, op. cit.,* p. 127.

[337] Léase el apartado V.E del presente capítulo, donde se analizan el tema del levantamiento del velo.

propios intereses. La jurisprudencia ha mostrado ambas posturas. La primera en la STS N° 475/2004 de 7 de abril. La segunda en las SSTS N° 1349/2002 de 19 de julio y 1074/2004 de 18 de octubre. A mi modo de ver, estamos ante un tema de legitimación procesal, con lo cual es el tercero y no el condenado quien debe ejercer la defensa de sus propias pretensiones.

Del principio de tutela judicial efectiva se desprende que la resolución que acuerda el comiso deba estar motivada en cuanto a los extremos antes mencionados (la concurrencia de los presupuestos que autorizan la medida, así como su alcance).[338] Si se requiere una petición expresa en cuanto al comiso de un bien para que el titular de éste se pueda defender, también se requiere que el órgano jurisdiccional dé a conocer los motivos que le conducen a tomar una decisión al respecto, sea desestimando la petición de la parte acusadora o acogiendo la misma, ya que solamente así es posible el control sobre la decisión adoptada.

[338] SSTS N° 1998/2000 de 28 diciembre; 694/2002 de 15 abril; 998/2002 de 3 de junio y 1679/2003 de 10 de diciembre. Para Choclán Montalvo la individualización de la consecuencia jurídica obliga al tribunal a razonar la estimación que hace de la cuantía del beneficio ilícito, aunque no haya una norma que expresamente lo diga así. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* pp. 37-38.

CAPÍTULO V. FORMAS ESPECIALES DE COMISO CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL Y EN OTRAS LEYES

En este capítulo examinaré la regulación del comiso ampliado, que si bien está contenida en la disposición general (art. 127 CP), por estar referida únicamente al fenómeno de la criminalidad organizada y el terrorismo, puede catalogarse como una forma especial de comiso. Asimismo, abordaré las reglas especiales que sobre este tema se contemplan en relación con algunos delitos, tanto en el CP como en otras leyes (en concreto, los delitos contra la seguridad vial; los relacionados con el tráfico de drogas; el blanqueo de capitales; sobre la ordenación del territorio y urbanismo; el cohecho y tráfico de influencias y el contrabando). También abordaré la referencia al comiso contenida en el Código Penal Militar y en las legislaciones sobre navegación aérea y sobre régimen jurídico de control de cambios.

I. Comiso ampliado (art. 127.1 párrafo 2 del Código Penal).

El comiso ampliado es una herramienta diseñada para luchar y erradicar la delincuencia organizada y el terrorismo. A continuación haré unas breves consideraciones en relación con estos fenómenos, de manera que se pueda comprender la decisión del legislador de incluir la mencionada figura jurídica en el art. 127 CP.

A. Delincuencia organizada, terrorismo y comiso ampliado.

La criminalidad organizada es un fenómeno criminológico complejo, que afecta prácticamente a todos los países y que en algunos de ellos adquiere connotaciones particulares (p. ej., los cárteles del narcotráfico en México o Colombia, o las mafias italianas o rusas). Se trata de una criminalidad grave, que amenaza todos los ámbitos de la vida en sociedad, de ahí que su prevención, persecución y castigo se haya convertido en una prioridad en el mundo entero.[1]

La organización supone, como señala Sánchez García de Paz, una reducción o exclusión de factores que en otras circunstancias inhibirían la comisión de delitos. Además de reducir los sentimientos de responsabilidad, permite construir estructuras orientadas a la planificación y comisión de conductas criminales, así como el eventual encubrimiento de sus miembros. La unión de fuerzas y la división de las tareas, provoca un mayor peligro para los bienes jurídicos, a lo que contribuye tam-

[1] Comparte este pensamiento, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites." En: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.). *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada.* Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, N° 92, 2001, p. 86.

bién la profesionalización de los miembros del grupo: *"Algunas de las formas más graves de comportamiento criminal, debido precisamente a su complejidad, están a cargo casi exclusivamente de grupos criminales: por ejemplo el tráfico de estupefacientes o de armas, o el terrorismo; también el blanqueo de dinero, el tráfico ilegal de mano de obra o de personas destinadas a la prostitución. En otros casos la peligrosidad se manifiesta por el alcance expansivo de la actividad delictiva de la organización: conductas de gravedad relativa cometidas por un individuo, como la corrupción, adquieren otras dimensiones cuando se multiplican sus efectos bajo la autoría de la organización. No es comparable el traficante individual de armas que la organización dedicada al tráfico ilegal a nivel internacional de armas. O el fraude de subvenciones de la Unión Europea cometido por un individuo aislado que el llevado a cabo por una organización."*[2]

Como cualquier otra empresa, la criminalidad organizada tiene el propósito de obtener beneficios económicos. Por eso se dedica a cualquier actividad criminal que sea rentable, a nivel nacional o internacional.[3] Ahora bien, para que la comisión de infracciones penales valga la pena, se requiere que se pueda disponer de los beneficios económicos mencionados. En este punto, es donde el blanqueo de capitales adquiere un papel medular: *"Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa. Donde en el mercado exista demanda de bienes y servicios hay oferta. Donde la demanda reclama a la oferta con dinero, la disposición de ofertar hace acto de presencia fácilmente. También la demanda de bienes y servicios, que son ilegales o desacreditados socialmente, encuentra predisposición a ser ofertada si prometen grandes beneficios según la relación gastos-ingresos... El beneficio económico de la criminalidad organizada es poder económico para quien pueda disponer de él. Especialmente, cuando representado por dinero en efectivo, o por transacciones bancarias o cualquier otro instrumento de pago es reinvertible en la economía legal. Es reinvertible, tan pronto como pierde su mancha de proceder de una fuente delictiva. De esta manera es útil como medio generador de*

[2] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL. "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado." En: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.); NIETO MARTÍN, Adán (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Salamanca, Vol. II, 2001, pp. 677-678.

[3] *"The globalization of trade, consumer demand (even for illegal products), and the financial system, has made it attractive and easy for criminal organizations to move from national into transnational activities. Though only some organized crime groups operate at this level, there are inextricable connections between those groups which operate exclusively at the national level and those that operate at the national and transnational levels. As a result of this and other factors, the transnational dimension of organized crime has taken unprecedented strides. New opportunities to operate transnacionally have become a magnet that has attracted an increased number of organized crime groups that traditionally operated predominantly at the national level to move to operate transnationally. The main attractions to operate transnationally are access to lucrative markets the opportunity to exploit points of vulnerability in different societies, and the ability to operate from areas where the organization is relatively safe from the efforts of law enforcement."* BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo. "Towards understanding organized crime and its transnational manifestations." En: BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo (Comp.). *Organized Crimen. A compilation of U.N. Documents 1975-1998.* New York: Transnational Publishers, Inc., 1998, pp. xxxii-xxxiii. En igual sentido, BUENO ARÚS, Francisco. "Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 1, 1990, p. 956.

demanda en el mercado, cuando el riesgo de ser descubierto es pequeño y pequeño también es el peligro de que una persecución penal estatal pueda seguir el rastro del beneficio. Esta utilidad tiene un valor para la criminalidad organizada, quien logra el beneficio económico a través del blanqueo del dinero. Al blanquearlo queda limpio de manchas, libre de toda mácula… Si no existiera el blanqueo de dinero no merecería la pena la criminalidad organizada, como debe de merecer según su cálculo empresarial, de manera que sería menos, o incluso, nada atractiva… sin éste (refiriéndose al blanqueo) *no sería posible ni la lucratividad de la criminalidad organizada, ni sería tan peligrosa para la economía de la sociedad, como lo es ahora."*[4]

El fenómeno de la legitimación o blanqueo de capitales (entendido como "*…aquellos procedimientos tendentes a desvincular de su origen ilícito los bienes, fondos o capitales procedentes de un delito grave, y, una vez dotados de una apariencia legítima, reintroducirlos en el sistema financiero legal"*)[5] y que según Blanco Cordero, se presenta desde hace muchos siglos,[6] se convierte en un problema mayúsculo para todos los Estados, precisamente porque las organizaciones criminales (y no solamente los criminales que actúan individualmente), reintroducen en la economía legal sus cuantiosas ganancias, afectándola seriamente.[7] Como señala Choclán Montalvo, haciendo referencia a las conclusiones de la Presidencia tras el Consejo Europeo de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, "*…el blanqueo de capitales*

---

[4] BOTTKE, Wilfried. "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania." En: *Revista Penal*. N° 2, 1998, pp. 2-3. Disponible en: http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/2/showToc.

[5] DELGADO GARCÍA, Dolores. "Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas. ¿Inversión de la carga de la prueba?" En: *Publicaciones 2004. Fiscales. Delitos de naturaleza económica.* Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España, p. 1015. Disponible en: http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_01.htm.

[6] BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2002, p. 37.

[7] *"…frente a la delincuencia más clásica propia del timador, el carterista o el atracador, nuestra sociedad ha conocido nuevas formas de criminalidad caracterizadas por unos niveles de rentabilidad desconocidos hasta hace bien poco… el delito ha llegado a convertirse en nuestros días en un medio válido para generar cantidades de bienes y de dinero lo suficientemente elevadas como para provocar desequilibrios significativos en el propio sistema económico. En estas condiciones, la transición de la ilegalidad hacia la legalidad adquiere significación propia y se convierte en una tarea necesaria en sí misma."* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 68. En igual sentido, señala Wilfried Bottke: *"El blanqueo de dinero puede ser incluso ruinoso para una sociedad libre… la sociedad libre no es posible sin el mercado. El mercado no es realizable sin la libertad de comercio económico de todos los participantes en el mercado… ello es así porque la libertad verdaderamente realizable depende también de la situación económica de cada uno… Como participante en el mercado es necesario tener dinero para que su libertad jurídica, la expresión de sus intereses en dinero y la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre el precio con los demás participantes del mercado, sea una realidad practicable… El mercado útil al a libertad reclama un reparto limpio de oportunidades entre todos los ciudadanos que concurren en el mercado como demandantes u ofertantes de bienes o servicios… El dinero que procede de delitos no es conveniente para la libertad general, puesto que existe una realización parcial de la demanda. Cuando se acumula obstaculiza el inicio, las posibilidades y las necesidades de una competencia limpia del libre mercado. El blanqueo de dinero posibilita acumular dinero procedente de delitos y reinvertirlo en el mercado. El dinero blanqueado dota de mayor poder social poco limpio. Es útil para facilitar las ventajas del juego sucio en la competencia. También es apropiado para comprar la influencia política y conduce a la corrupción."* BOTTKE, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania." En: *RP, op. cit.,* p. 3.

está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca."[8]

Los estudios elaborados por organizaciones internacionales confirman lo preocupante de la situación. En octubre de 2011, Naciones Unidas[9] publicó un reporte según el cual en el año 2009 las ganancias provenientes de la delincuencia se aproximaron a los 2.1 trillones de dólares, lo que equivale al 3,6% del PIB mundial. Si solo se considera la criminalidad organizada trasnacional más tradicional (v.g., la dedicada al tráfico de drogas, de personas, petróleo, vida silvestre, órganos y armas), las ganancias correspondían al 1,5% del PIB mundial y la mitad de esos ingresos se vinculaban con el narcotráfico. Asimismo, las mejores estimaciones de las cantidades de dinero que fueron legitimadas en ese año se acercaban a los 1,6 trillones de dólares, o en otras palabras, al 2,7% del PIB mundial. Ya en el ámbito europeo, la versión abierta del *European Union Organised Crime Situation Report* del año 2005, señala que en Alemania, p. ej., el beneficio obtenido por las organizaciones criminales alcanzó una suma cercana a los 1,34 billones de euros. Para el caso español en el año 2005, la Europol atribuía a la criminalidad organizada un capital estimado de 1,45 billones de euros, e ingresos de un billón de euros.[10]

Dada la enorme magnitud de los beneficios económicos que puede llegar a obtener, se entiende por qué la criminalidad organizada no tiene reparos al intentar consolidarse y legitimar los ingresos que obtiene. Por ese motivo trata de controlar la economía y de intervenir en todos los ámbitos de decisión del poder estatal, sea éste ejecutivo, legislativo o judicial.[11] La corrupción de funcionarios y la obstaculiza-

---

[8] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 19. En igual sentido, señala Gascón Inchausti: *"Más en concreto, no puede perderse de vista que, normalmente, a la delincuencia organizada primaria se encuentra frecuentemente unido... el delito de blanqueo de capitales, que pone de relieve cómo la intención última de los grupos delictivos organizados consiste en colocar «en circuito legal» el producto del delito, para poder disfrutar de él con plenitud."* GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* p. 3. Vid. también Conclusiones de la Presidencia, *Consejo Europeo de Tampere,* 15 y 16 de octubre de 1999, conclusión N° 51. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm.

[9] United Nations Office on Drugs and Crime. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report.* 2011, p. 9 y 127. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

[10] EUROPOL. *2005 European Union Organised Crime Situation Report.* The Hague, 2005, p. 29. Disponible en: http://www.statewatch.org/news/2005/oct/europol-org-crim-public.pdf.

[11] *"Dos características del crimen organizado le distinguen del resto de las asociaciones criminales... En primer lugar, la pretensión de maximización del beneficio económico a través del control del poder económico y político utilizando medios ilícitos. Propio de la definición criminológica del crimen organizado es la formación de estructuras mafiosas. Se persigue la infiltración en la economía mediante la monopolización de sectores económicos para alterar la libre competencia. Arma decisiva lo es también la infiltración en el poder político en todas sus esferas de decisión, local, regional y nacional; en el ámbito ejecutivo y policial, e incluso legislativo y judicial. Y todo ello con los medios de la violencia, la amenaza y la corrupción en sentido amplio... el crimen organizado, amenaza en último término intereses de rango estatal como la libre competencia en el mercado y el buen funcionamiento del sistema democrático y de Derecho... Y en segundo lugar, característico del crimen organizado es la adopción, a los fines antes indicados, de una estructura similar a la de las empresas comerciales, en particular en lo que respecta a la configuración de diferentes estructuras logísticas y niveles de jerarquía, generalmente separadas en compartimentos estancos."* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Función político

ción de la labor que desempeña el aparato de administración de justicia, por ejemplo, son situaciones que comúnmente se pueden vincular con su existencia.[12] Se trata de una forma de criminalidad que por lo expuesto repercute en las instituciones democráticas, socavando las bases del Estado de Derecho.[13] Puede suceder también que en lugar de actuar discretamente, la criminalidad organizada entre en confrontación abierta con las instituciones y es así como investigadores, jueces, periodistas o fiscales acaban perseguidos y muertos.[14]

Ante este panorama, es fácil concluir que la simple imposición de penas, incluso las más fuertes, no es una medida suficiente, pues no impide que el condenado una vez que sale de prisión, sus socios en la actividad delictiva u otras personas relacionadas con él (p. ej., su familia), disfruten de los beneficios económicos, o que estos sean empleados para cometer nuevas infracciones, máxime si se considera que, esos beneficios comúnmente son ocultados de diferentes formas, para mantenerlos fuera del alcance de la autoridades.[15] El comiso por el contrario, es una herramienta idónea para impedir que el delincuente común y en particular, la delincuencia que

---

criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado." En: ARROYO ZAPATERO, *et ál., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam., op. cit.,* pp. 663-664. Léase también CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 335.

[12] España no es la excepción. Sobre el tema, se señala: *"In Spain in 2004, 24 out of 494 criminal groups are reported to have used various forms of trafficking in influence. The largest share, (that is, 15 groups) tried to corrupt or influence police authorities, followed by corruption in the business sector."* Council of Europe. *Organised crime situation report 2005. Focus on the threat of economic crime.* Strasbourg, 2005, p. 54. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf. Véase también NAVAS APARICIO, Alfonso. *Alcances e implicaciones del crimen organizado internacional en Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Honduras: propuestas para la adopción de políticas públicas*. San José, Relaciones Externas de FUNPADEM, 2007, p. 11. Agrega Mario Montoya: *"...las organizaciones criminales se han convertido en un verdadero y propiamente dicho contrapoder en el interior del Estado, condicionando intolerablemente su desarrollo democrático. Para tratar de dominar la escena política, el crimen organizado acudirá a su principal arma: la corrupción. Es éste un importante medio de penetrar los tres poderes del Estado,... Con grandes sumas de dinero compran la voluntad no sólo de quienes aprueban las leyes, sino también de aquellos a cargo de hacerlas cumplir, como los miembros de la policía; en este aspecto la corrupción ocasiona grandes problemas y toma ventajas de los bajos ingresos y la falta de educación."* MONTOYA, Mario. *Mafia y crimen organizado.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 118.

[13] Sobre el tema, vid. NAVAS APARICIO, Alfonso. "Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas". En: *Impacto del crimen transnacional en Centroamérica: los casos de Nicaragua y Costa Rica.* San José, FUNPADEM, 2007, pp. 80-81.

[14] United Nations Office on Drugs and Crime. *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment.* 2010, p. 15. Disponible en: http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html.

[15] P. ej., en relación con el tráfico de drogas, indica Bárbara Huber: *"Los traficantes sofisticados de drogas acumulan sus ganancias en cuentas bancarias impersonales y otras formas de inversiones dentro y fuera del país en que residen; también usan instalaciones bancarias clandestinas o se ocultan tras unas reglas estrictas de secreto bancario que existen en algunos países. Cuando las ganancias son reinvertidas, camufladas en cuentas o distribuidas entre la familia del criminal, es muy difícil encontrarlas y si llegan a encontrarse es prácticamente imposible el separar los bienes que proceden del crimen y que tienen otro origen. Así pues, los gobiernos de muchos países comienzan ahora a confiar en la confiscación de bienes como una tercera dimensión del control de las drogas, además del castigo y de la destrucción de las incautadas."* HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.*, pp. 167-168.

actúa con criterios empresariales, pueda disponer de los cuantiosos beneficios económicos que suele obtener con sus actividades.[16] Y es que si los grupos criminales no pueden disponer de las ganancias, pierden su razón de ser. En ese tanto, el comiso es una consecuencia de mayor trascendencia que la pena misma, incluso la de prisión.[17]

El fenómeno de la delincuencia organizada no solo se manifiesta a través de colectivos cuyas actividades se dirigen a la búsqueda de un lucro económico. También se refleja en agrupaciones que tienen fines ideológicos, políticos e incluso religiosos.[18] Me refiero al terrorismo, o en palabras de Cancio Meliá, a *la criminalidad organizada política*,[19] que como apunta la doctrina, por esa finalidad es más difícil de controlar penalmente, ya que cuesta conseguir un punto de equilibrio entre el respeto de los principios sobre los que se construye un Estado de Derecho y una eficaz respuesta a este fenómeno.[20]

---

[16] Lo entiende de esta forma OCAÑA RODRÍGUEZ, "Una propuesta de regulación del comiso." En: *RDPP, op. cit.,* p. 73. Igualmente Zaragoza Aguado, que en lo que interesa indica: *"El auge y crecimiento del narcotráfico, unido al de otras actividades delictivas organizadas en general, y la consideración de que todas ellas no son sino un gran negocio que reporta incalculables ganancias, han reorientado los objetivos de la política criminal. Los instrumentos jurídicos internacionales vienen insistiendo constantemente en dos aspectos que son fundamentales a estos efectos: de una parte, en la prevención y represión de las conductas de blanqueo, y de otra, en la incautación de los beneficios conseguidos con esas actividades criminales. Es evidente, pues, que una de las prioridades de la política criminal actual es revitalizar la figura del comiso, y dotar de mayor operatividad y profundidad a las investigaciones que tienen por objeto la identificación e incautación de los productos y de las ganancias que tengan un origen criminal."* ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 14. Léase también JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 91. Para este último, la idea elemental es que el delito no resulte provechoso.

[17] En la lucha contra el crimen organizado la confiscación busca *"...servir como una "tercera dimensión" en esa lucha y el de privar al delincuente y a la organización que lo apoya del capital que ha usado para sus actividades pasadas y el que usaría para la continuación de sus negocios."* HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* p. 175. Sobre este tema vid. también RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "Instrumentación cautelar del comiso." En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, Vol. 8, N° 2, 2006, p. 152. Para Blanco Cordero, una de las sanciones más eficaces en relación con la delincuencia organizada es el comiso de los beneficios que ha obtenido ésta y su asignación al Estado. BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 70.

[18] Habla del terrorismo como criminalidad organizada con fines diversos a los económicos CARNEVALI R., "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *RDP, op. cit.,* p. 84.

[19] CANCIO MELIÁ, Manuel. "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 645. Corcoy, Gómez y Besio hablan de la violencia política organizada. Así: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; BESIO, Martín. "Consideraciones previas a los arts. 571 a 580." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1118.

[20] *"...en un Estado de Derecho ni frente al terrorismo, ni frente a ningún otro tipo de delincuencia es admisible que el Estado utilice el llamado "Derecho penal del enemigo", entendiendo por tal un Derecho que criminaliza meras expresiones de ideas, por reprobables que parezcan, o conductas muy alejadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos, que impone penas desproporcionadas o contrarias al*

Aunque el terrorismo internacional que se basa en motivos religiosos ha marcado un antes y un después en este tema, (nadie puede negar que después de los atentados suicidas del 11 de septiembre de 2001 cometidos en los Estados Unidos por miembros de Al Qaeda, el terrorismo pasó a convertirse en una preocupación para el mundo entero, sentimiento que se incrementó tras los atentados del 11 de marzo en Madrid[21] y el 7 de julio de 2005 en Londres[22]), hay algunos países que han sufrido este fenómeno desde hace décadas. Este es el caso de España con el terrorismo nacionalista de ETA,[23] de ahí que la regulación penal que existe en esta materia (a diferencia de lo que sucede con las delincuencia organizada común) es de *larga data* (y ciertamente, muy severa).[24] Si bien el Tribunal Supremo definió el terrorismo de ETA como una forma de delincuencia organizada,[25] si nos ceñimos al concepto técnico de criminalidad organizada que se deriva de las normas supranacionales, debemos diferenciarlo, pues su estrategia se basa en infundir temor en la población (intimidación masiva), en dar a conocer sus acciones (lo que llaman algunos el elemento de proyección estratégica de combate al sistema político establecido que es característico del terrorismo[26]), pero no en mantener ocultos los actos delictivos que comete con el propósito de obtener ventajas económicas o materiales, notas características de la delincuencia o criminalidad organizada alrededor del orbe.[27] Como bien ha señalado el TS, el terrorismo no solo supone la presencia de

---

principio de humanidad, y que, en última instancia, limita o elimina derechos y garantías del imputado en el proceso penal…" MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, 18° edición, 2010, p. 922.

[21] El 11 de marzo de 2004 en Madrid, cuatro trenes de la red de Cercanías de Madrid fueron el blanco de un ataque terrorista, que cobró la vida a 192 personas. Aunque se atribuyó al terrorismo yihadista, algunos dudas sobre la autoría intelectual de la masacre. P. ej., SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *op. cit.,* p. 1076.

[22] En esta fecha, cuatro explosiones tuvieron lugar en medios de transporte público de Londres. Tres bombas estallaron en tres vagones del metro y una en un autobús. Producto de este golpe terrorista, hubo más de 50 personas muertas y 700 heridas. Al respecto, http://www.elpais.com/comunes/2005/londres/.

[23] La organización terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna) anunció un cese de su actividad armada el pasado 20 de octubre de 2011. Si éste fuese un cese definitivo (pues ya en el pasado ha anunciado otras treguas y las ha roto), se pondría final a más de 4 décadas de atentados, muertes y extorsiones. Según El Mundo, desde que cometió su primer atentado en 1960, esta organización ha asesinado a un total de 829 personas, de las que 506 eran miembros de las fuerzas de seguridad, 48 empresarios y 39 políticos. Léase: ESCRIVÁ, Ángeles. "ETA anuncia el cese definitivo de su 'actividad armada'". En: *El Mundo*, 20 de octubre de 2011. Disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html.

[24] Para Cancio Meliá, la más severa, tanto en extensión de la incriminación como en intensidad de las penas de toda Europa. CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 646.

[25] Véase p. ej., la STS N° 633/2002 de 21 de mayo de 2002.

[26] CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 650.

[27] Sobre las distinciones entre el crimen organizado y el terrorismo, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal.* Granada: Editorial Comares, 2009, p. 136. También QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita." En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLO, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos.* España: Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 178.

grupos organizados que realizan las conductas típicas, sino también la existencia de un determinado objetivo: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. *"Así pues, el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo."*[28]

Con la reforma introducida mediante la LO5/2010, de 22 de junio, los límites entre uno y otro fenómeno han quedado zanjados, pues el art. 571 CP, dedicado a regular el tema de las organizaciones y grupos terroristas, incluyó ese criterio teleológico que se apuntó atrás: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Zaragoza Aguado entiende que la amenaza del terrorismo internacional desarrollada al amparo de las nuevas tecnologías, en especial internet, ha crecido debido a los cambios en la estructura y *modus operandi* de los grupos terroristas. Frente a los grupos terroristas tradicionales, asentados en un territorio y que adoptan una estructura jerárquica, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo en células o grupos autónomos que se comunican, adoctrinan e intercambian experiencias por esa vía, lo que no supone la presencia de una organización global dotada de conexión interna, de manera que se pueda acceder a ella una vez que se identifica cualquier célula.[29] Creo que estas características convierten estos grupos (que hoy en día se expresan claramente en el terrorismo islamista radical), en un verdadero problema en términos criminológicos y en relación con los cuales no es fácil articular una adecuada propuesta de política criminal, ya que es complicada la labor de investigación de sus actividades, como también lo es identificar su patrimonio.

Ante los fenómenos criminológicos antes descritos y ya en el ámbito del comiso, el admitir un grado de distancia entre los bienes a decomisar y la infracción penal (como sucede en el comiso por valor equivalente y el comiso subrogatorio), no siempre es suficiente. Pese a que se trata de un avance importante desde el punto de vista de política criminal,[30] tratándose de la criminalidad organizada se requieren respuestas más agresivas, ya que por la complejidad de sus actividades es común que se generen masas patrimoniales de considerable cuantía, que si bien se pueden vincular con la organización delictiva, difícilmente se logran relacionar con las personas físicas que son sometidas a proceso, o con los concretos hechos que están siendo discutidos.

[28] STS N° 503/2008 de 17 julio.
[29] ZARAGOZA AGUADO, Javier. "Previo Sección 2°". En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, pp. 1944-1945.
[30] Así lo considera GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 69.

La doctrina consideró que con la LO 15/2003 el legislador había desaprovechado la oportunidad para regular en términos generales el comiso de los beneficios obtenidos por los grupos organizados.[31] La situación cambió con la LO 5/2010, de 22 de junio, pues a través de la misma el legislador incluyó el comiso ampliado en el párrafo 2 del art. 127.1 CP. Para algunos, ésta es la respuesta que permite avanzar hacia una mayor desvinculación entre el hecho concreto y el bien sobre el que recae la medida, ya que se admite el decomiso de bienes originados en hechos distintos a los que están siendo efectivamente enjuiciados.[32]

A través de la LO 5/2010, como señalé en el capítulo II de esta investigación, se pretende sintonizar el ordenamiento jurídico penal español con la DM 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005. Esta última, que se enmarca en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo, se apoya en una idea básica: la prueba de la intervención del sujeto en algún concreto delito y su pertenencia a la organización, son los elementos que autorizan el decomiso de todos los bienes que se puedan considerar efectos, instrumentos y ganancias de su actividad delictiva organizada, sin que sea necesario probar la intervención del sujeto en los delitos previos que se relacionan con esa actividad.[33]

Dice el art. 127.1 párrafo 2 CP lo siguiente:

"*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.*"

Aunque la inclusión de este comiso está justificada por la necesidad de ser más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada, como expondré en los próximos acápites, la técnica legislativa empleada no fue la mejor.[34] De igual forma, se superó con creces lo dispuesto en los instrumentos supranacionales, pues en tanto en estos se circunscribió el comiso ampliado a un catálogo de delitos que comúnmente se sancionan con penas elevadas y se contempló el decomiso parcial de los bienes, en el art. 127.1 párrafo 2 CP la figura jurídica se previó con carácter general (en relación con todos los delitos y penas) y de manera total. Sobre todos estos temas, volveré más adelante.

---

[31] Haciendo propias las consideraciones de Aguado Correa, RODRÍGUEZ PUERTA, "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 654.

[32] Véase al respecto GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 70.

[33] DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 69.

[34] En igual sentido, AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 508.

B. El comiso ampliado en el Derecho comparado.

Como señalé al examinar el comiso de ganancias *ordinario*, en el Código penal suizo la confiscación de valores patrimoniales es una medida ajena a las penas y las medidas de seguridad. Ya en el terreno de la confiscación de los valores patrimoniales, encontramos dos variantes a saber, la confiscación de valores patrimoniales que constituyen el producto de un delito, o están destinados a determinar o recompensar al autor de un delito y la confiscación de valores patrimoniales de una organización criminal (y que a mi modo de ver es básicamente un comiso ampliado). Esta última modalidad está regulada en el numeral 72 del CP.[35] Según la norma, el juez ordenará la confiscación de todos los valores patrimoniales sobre los que la organización criminal tiene poder de disposición. Es decir, no se requiere demostrar que los valores están vinculados con un delito determinado.[36]

El punto medular en este caso es el llamado poder de disposición que la organización criminal tiene sobre los valores patrimoniales, concepto que según la doctrina, es de orden más fáctico que jurídico, entiéndase "*la posibilidad de disposición y la voluntad de disposición.*"[37] Ahora, en la norma se indica que los valores pertenecientes a quien participó o apoyó una organización criminal (según la define el art. 260 ter),[38] es decir, de quien ha sido condenado por pertenecer o apoyar a una

[35] "Art. 72
Confisca di valori patrimoniali di una organizzazione criminale
Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260ter) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione."
Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

[36] BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 73.

[37] *"La organización debe tener posibilidad de disponer de los valores patrimoniales en cualquier momento y utilizarlos según sus necesidades. No obstante, esta concretización fáctica de este concepto conduce a que puedan ser objeto de decomiso determinados valores patrimoniales que económicamente son ajenos y cuyo decomiso puede ser objetable en un Estado de Derecho."* AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 127. En igual sentido, MAUGERI, Anna María. Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo. Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp. 185-186. Esta autora se refiere al art. 59.3 del CP suizo que entró en vigor en agosto de 1994 y que en buena parte, se corresponde con el art. 72 que estoy analizando.

[38] "Art. 260ter
Organizzazione criminale
1. Chiunque partecipa a un'organizzazione che tiene segreti la struttura e i suoi componenti e che ha lo scopo di commettere atti di violenza criminali o di arricchirsi con mezzi criminali, chiunque sostiene una tale organizzazione nella sua attività criminale, è punito una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. Il giudice può attenuare la pena (art. 48a) se l'agente si sforza d'impedire la prosecuzione dell'attività criminale dell'organizzazione.
3. È punibile anche chi commette il reato all'estero, se l'organizzazione esercita o intende esercitare l'attività criminale in tutto o in parte in Svizzera. L'articolo 3 capoverso 2 è applicabile."
Código penal suizo del 21 de diciembre de 1937.

organización criminal, se presumen, salvo prueba en contrario, bajo el poder de disposición de la organización, con lo cual su comiso sería procedente.[39] Hablamos de una presunción legal[40] que trae aparejada la inversión en la carga de la prueba y que como veremos en su momento, es similar a la introducida en el Código penal español.

En la legislación alemana, la incautación ampliada se prevé en el §73 d Código Penal.[41] Es una modalidad de comiso que el legislador alemán introdujo en el año 1992 y que según la doctrina, tiene el propósito de facilitar el comiso de los beneficios obtenidos en el ámbito de la criminalidad organizada.[42] En esencia, busca confiscar los beneficios que proceden de un hecho distinto al enjuiciado. En palabras de Jescheck/Weigend, *"Este instituto debe resolver adecuadamente la situación en la que a un autor le son encontrados elementos patrimoniales… sobre cuyo origen, a la vista de la escasa entidad de sus ingresos legales, no cabe sino aceptar que es de carácter delictivo… Por lo tanto, si se demuestra que el delito cometido por el autor está vinculado al ámbito de la "criminalidad organizada" la confiscación (ampliada) de los beneficios se extiende también a los componentes patrimoniales hallados."*[43]

La confiscación ampliada de los beneficios (*Erweiterter Verfall*) exige dos requisitos, a saber, que el autor haya realizado un hecho antijurídico (no necesariamente culpable) que en su tipificación remita expresamente al §73 d, y que las circunstancias *justifiquen la conclusión* de que un determinado objeto que se ha encontrado al autor (aunque sea propiedad de un tercero), ha sido obtenido por o para la comisión de un hecho antijurídico, sin que sea necesario que provenga del hecho

---

[39] Como apunta Blanco Cordero, el artículo 72 del Código penal suizo autoriza el comiso de bienes sobre los que la organización criminal ejerce un poder de disposición y presume sometidos a ese poder los bienes de las personas que participen o apoyen a la organización criminal, salvo prueba en contrario. BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 73.

[40] En este sentido GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 92.

[41] "§ 73d Erweiterter Verfall
(1) Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. Satz 1 ist auch anzuwenden, wenn ein Gegenstand dem Täter oder Teilnehmer nur deshalb nicht gehört oder zusteht, weil er den Gegenstand für eine rechtswidrige Tat oder aus ihr erlangt hat. § 73 Abs. 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 73b, und § 73 Abs. 2 gelten entsprechend.
(2) Ist der Verfall eines bestimmten Gegenstandes nach der Tat ganz oder teilweise unmöglich geworden, so finden insoweit die §§ 73a und 73b sinngemäß Anwendung.
(3) Ist nach Anordnung des Verfalls nach Absatz 1 wegen einer anderen rechtswidrigen Tat, die der Täter oder Teilnehmer vor der Anordnung begangen hat, erneut über den Verfall von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers zu entscheiden, so berücksichtigt das Gericht hierbei die bereits ergangene Anordnung.
(4) § 73c gilt entsprechend."
StGB.

[42] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 854; AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 147.

[43] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 854-855.

que se está juzgando.[44] Nótese que la norma no exige que *se demuestre esa procedencia*, bastando con que las circunstancias que rodean el caso sustenten dicha conclusión.

Como señala Aguado Correa, si bien el hecho antijurídico que realiza el sujeto debe remitir al §73 d StGB y dicha remisión se presenta sobre todo en tipos penales que, por lo general, son cometidos por organizaciones criminales, ello no impide que los objetos decomisados proceda de otros delitos que no contienen la ya citada remisión, toda vez que la norma autoriza decomisar objetos de otros hechos antijurídicos distintos a aquellos por los que se juzga al sujeto cuando las circunstancias permitan suponer su procedencia delictiva.[45]

La confiscación ampliada puede recaer sobre cualquier elemento que suponga una ganancia de carácter ilícito y puede alcanzar los aprovechamientos obtenidos y los objetos que sustituyen otros, en los términos apuntados por el §73 II. Además se debe aplicar el §73 y en esa medida, se debe confiscar una cantidad monetaria que corresponda al valor del objeto obtenido en caso de que éste ya no pueda ser entregado.

La regulación de esta modalidad de comiso ha sido objeto de críticas. Algunos autores creen que es excesiva en su objeto, pues puede alcanzar bienes que proceden de cualquier delito y no solamente los conseguidos en el ámbito de la criminalidad organizada.[46] Del mismo modo se dice que quebranta el principio de culpabilidad, pues al igual que sucede con la confiscación, llamémosle ordinaria, al aplicarse el criterio de las ganancias brutas se convierte en una sanción punitiva, que como tal debería estar supeditada a la comisión culpable de un hecho.[47] Existen dos críticas adicionales. La primera, relacionada con el derecho a la propiedad privada del autor o el tercero. Según Jescheck y Weigend, en la confiscación simple de beneficios y el comiso de instrumentos y productos, el menoscabo al derecho a la pro-

---

[44] A modo de ejemplo, Jescheck/Weigend señalan: *"El autor es condenado por tráfico ilegal de sustancias estupefacientes valoradas en 5.000 DM. A la vista de que el autor sólo percibe ayuda social, el tribunal supone que la cantidad de 50.000 DM encontrada en la vivienda del sujeto tiene asimismo su origen en el tráfico de drogas…. A tenor del § 73d la confiscación ampliada de las ganancias delictivas también sería adoptada en este caso aunque el autor fuera inculpable a causa de una enfermedad mental."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, ibídem*, p. 855.

[45] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 148.

[46] Así, Herzog y Horn, citados por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 855. Según Jescheck/Weigend, *"…la extensión de la pérdida de las ganancias a, por ejemplo, una cantidad de dinero que el traficante de drogas ha conseguido ejerciendo espontáneamente de carterista no puede ser justificada a través del objetivo de la lucha contra la "delincuencia organizada"."* JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, ibídem*, p. 855.

[47] De este criterio Eser y Benseler, citados por AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 150. En esa misma página, la autora indica que para la doctrina alemana *"…dado que el Erweiterter Verfall se rige por el Bruttoprinzip, este precepto es inconstitucional por infringir el principio de culpabilidad, al permitir la imposición de una pena o una sanción próxima a la pena… sin haber demostrado la culpabilidad del sujeto."* Ahora, Aguado Correa también agrega que en la exposición de motivos de la ley que introdujo este parágrafo, el legislador alemán señaló que la confiscación ampliada de beneficios era una medida penal *sui generis* con carácter *cuasi condicional*. Para Eser, por ser una medida que tiene al menos un carácter *cuasi penal*, debe someterse al principio de culpabilidad. *Ibídem,* pp. 149-150. En igual sentido, Lackner y Weßlau, citados por JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 856.

piedad se legitima porque los bienes adquiridos delictivamente no pueden ser considerados *propiedad* del autor o el tercero y porque se trata de una medida proporcional de cara al afectado, adecuada y necesaria para proteger intereses colectivos (según ambos autores, es la intervención estatal menos lesiva para cubrir necesidades de carácter preventivo general, pues dejar las ganancias obtenidas en manos del autor o partícipe puede incentivar la comisión de hechos punibles). Ahora bien, agregan, tratándose de beneficios ajenos al delito esto es cuestionable, ya que no hay conocimiento sobre un efecto intimidatorio adicional de esta medida.[48] La última crítica se relaciona con la disminución de las exigencias probatorias en dos extremos: la comisión por parte del condenado del hecho de procedencia y el origen del objeto de la confiscación ampliada. Basta, señalan Sánchez García de Paz;[49] así como Jescheck y Weigend, con que las circunstancias justifiquen la suposición, lo que supone una vulneración del *in dubio pro reo*. Apuntan los dos últimos: *"Evidentemente, la incompatibilidad con dicho principio existe en la medida en que la pérdida ampliada de las ganancias (con aplicación del principio del beneficio bruto) se presenta como una pena. Pero aun cuando la exacción ampliada del provecho delictivo comprenda sólo el beneficio neto y, por ende, posea un carácter "cuasi-restitutorio", aquélla sigue siendo una sanción impuesta por un delito y está sujeta por ello a las severas exigencias probatorias de la StPO. De ahí que la jurisprudencia haya corregido acertadamente el tenor literal del § 73d I 1, por medio de una interpretación conforme a la Constitución, según la cual para poder ordenar la confiscación ampliada de los beneficios sea necesaria la "completa convicción judicial" del origen delictivo de los elementos patrimoniales… Sin embargo, con ello desaparece la ventaja claramente deseada por el legislador de aplicar sin problemas este instituto jurídico: a partir de ahora el tribunal debe estar convencido de que el autor ha cometido el hecho motivador, de que ha realizado un tipo de procedencia que se remite al § 73d y, además, de que el objeto de la confiscación de los beneficios tiene su origen en tal hecho de procedencia. Si no se prueba la culpabilidad del autor en relación con el hecho motivador o el de procedencia, la imposición de la medida sólo puede tener lugar bajo el principio del beneficio neto."*[50]

Aunque la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional evita la colisión entre el comiso ampliado y la Carta Fundamental, al exigir un juicio de convicción

[48] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, ibídem*, p. 856. A pesar de que Jescheck/Weigend no lo estiman problemático, lo cierto es que el comiso de instrumentos y productos de terceros también ha sido objeto de críticas doctrinarias por quebrantar el derecho a la propiedad y el principio de culpabilidad. Al respecto, apunta Manzanares Samaniego, *"pese a la preocupación del Código Penal alemán por limitar el comiso de cosas de terceros a los casos en que la relación del propietario con el hecho -incluso a posteriori- es desaprobada por el ordenamiento jurídico, no faltan críticas a una regulación que en la opinión de numerosos autores resultaría incompatible con la garantía que el artículo 14 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania concede al derecho de propiedad. El carácter básicamente represivo y cuasipenal de este comiso haría muy difícil compatibilizar la renuncia a una culpabilidad específicamente penal con el principio mismo de culpabilidad."* MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 525.

[49] SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, op. cit.,* p. 169.

[50] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 856-857. Sobre la interpretación del §73 d StGB que ha hecho el Tribunal Supremo alemán, véase también AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.*, p. 150.

con base en la prueba de que el acusado ha obtenido los bienes de hechos antijurídicos, es innegable que también muta las características más esenciales que atribuyó el legislador alemán a esta figura.

Siempre relacionado con lo anterior, se apunta un quebranto al principio acusatorio. En concreto, como la confiscación ampliada puede alcanzar múltiples hechos punibles, en realidad se está exigiendo al acusado defenderse de la acusación por infracciones que no serán concretadas en los mismos términos que el hecho motivador. Se trata de un objeto del proceso penal carente de límites y la defensa en estos casos se hace imposible. Los autores en resumen, sugieren derogar esta figura cuya constitucionalidad estiman dudosa.[51]

En otros países hay legislaciones penales especiales que prevén esta clase de comiso. P. ej., en Portugal, la Lei N° 5/2002, de 11 de Janeiro, denominada *Medidas de combate à criminalidade organizada*, en su art. 7[52] prevé que en caso de condena por los delitos mencionados en el art. 1 del mismo cuerpo normativo (y que tienen como común denominador su relación con la delincuencia organizada), para efectos de la pérdida de bienes a favor del Estado, se *presumirá* que constituyen ventajas de la actividad criminal la diferencia que haya entre el patrimonio del condenado y aquel que sea congruente con sus ingresos legales. El término de patrimonio además abarca no solo los bienes que estén en posesión del acusado, o para los que tiene el dominio o beneficio desde que asumió esa condición procesal o luego de esto; sino también los que ha transferido a otros a título gratuito o mediante una contraprestación irrisoria en los cinco años anteriores a su condición de acusado; los que ha recibido en ese mismo lapso y claro está, las utilidades y otros beneficios derivados de los bienes indicados en el art. 111 CP. Es una norma con un alcance importante, máxime que establece una serie de presunciones sobre el origen de bienes que al momento del comiso, no están en el patrimonio del condenado, o que éste adquirió tiempo atrás. Finalmente, la ley en examen en su art. 9,[53] permite que el condenado

[51] JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 857.

[52] "Perda de bens a favor do Estado
Artigo 7°
Perda de bens
1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.
2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:
a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;
b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;
c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.
3 - Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111° do Código Penal."
Lei N° 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada. Disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis.

[53] "Artigo 9°
Prova
1 - Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, pode o arguido provar a origem lícita dos bens referidos no n° 2 do artigo 7°.

demuestre el origen lícito de la mencionada diferencia patrimonial a través de cualquier medio de prueba lícito, desvirtuando así la presunción ya citada. También prohíbe el empleo de las presunciones que se mencionaron atrás cuando los bienes han sido adquiridos con el rendimiento obtenido a través de actividades lícitas; cuando se hallaban en el patrimonio del acusado 5 años antes de la acusación, o cuando fueron adquiridos con rendimientos obtenidos en ese mismo lapso.

En la regulación británica[54] e italiana[55] también encontramos ejemplos de lo antes expuesto, en los que se admite la confiscación de todos los bienes del conde-

---

2 - Para os efeitos do número anterior é admissível qualquer meio de prova válido em processo penal.
3 - A presunção estabelecida no n° 1 do artigo 7° é ilidida se se provar que os bens:
a) Resultam de rendimentos de actividade lícita;
b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido;
c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.
4 - Se a liquidação do valor a perder em favor do Estado for deduzida na acusação, a defesa deve ser apresentada na contestação. Se a liquidação for posterior à acusação, o prazo para defesa é de 20 dias contados da notificação da liquidação.
5 - A prova referida nos n.os 1 a 3 é oferecida em conjunto com a defesa."
Lei N° 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada.

[54] Drug Trafficking Offences Act 1986. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/32/section/1/enacted. Esta normativa, que fue reemplazada en gran parte con la Drug Trafficking Act 1994, circunscribió su aplicación a infracciones relacionadas con el tráfico de drogas. Sobre este tema véase HUBER, "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *AP, op. cit.,* p. 171. También la Proceeds of Crime Act 2002, en la sección 10, contempla una serie de presunciones a las que debe remitirse el órgano jurisdiccional en caso de que considere que el condenado ha tenido un estilo de vida criminal. Son presunciones que deberán emplearse para concluir si el condenado se ha beneficiado de su conducta criminal y a cuánto asciende la cuantía de ese beneficio. Esta normativa está disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents.
Importante aclarar que el proceso para adoptar una confiscation order, que regula la Proceeds of Crime Act 2002 está desvinculado del proceso penal, en un claro intento de solucionar el problema de dificultad probatoria que existe en relación con el origen de los bienes. Así, GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 591.

[55] Legge n. 646 del 13 settembre 1982 (legge Rognoni - La Torre o legge antimafia). Introdujo algunas presunciones y la inversión en la carga de la prueba en la Legge 31 maggio 1965, n. 575, denominada Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere. En concreto, en su artículo 14 señaló:
" Dopo l'articolo 2 della legge 31 maggio 1965, n. 575, sono aggiunti i seguenti:
...
Art. 2ter-- Nel corso del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione previste dall'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, iniziato nei confronti delle persone indicate nell'art. 1, il tribunale, ove necessario, può procedere ad ulteriori indagini oltre quelle già compiute a norma dell'articolo precedente.
Salvo quanto disposto dagli articoli 22, 23 e 24 della legge 22 maggio 1975, n. 152, il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei confronti della quale è stato iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, e che sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.
Con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza. Nel caso di indagini complesse il

nado (o en el caso de Italia, los bienes sobre los que tiene poder de disposición, aunque no sea su titular[56]) y se invierte la carga de la prueba, pues será el condenado quien demuestre el origen lícito de su patrimonio.

Como se extrae de la anterior exposición, el comiso o confiscación que se diseña en torno a la organización criminal, en buena parte de los ordenamientos jurídicos puede comprender los bienes sobre los que hay únicamente un poder de disposición y que no *necesariamente* se relacionan con un *determinado* delito. Finalmente, la potestad de comiso ampliada va de la mano con la inversión de la carga de la prueba en cuanto al origen de esos bienes.[57]

---

provvedimento può essere emanato anche successivamente, ma non oltre un anno dalla data dell'avvenuto sequestro.
Il sequestro è revocato dal tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando è dimostrata la legittima provenienza dei beni.
Se risulta che i beni sequestrati appartengono a terzi, questi sono chiamati dal tribunale, con decreto motivato, ad intervenire nel procedimento e possono, anche con l'assistenza di un difensore, nel termine stabilito dal tribunale, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.
I provvedimenti previsti dal presente articolo possono essere adottati, su richiesta del procuratore della Repubblica o del questore, quando ne ricorrano le condizioni, anche dopo l'applicazione della misura di prevenzione, ma prima della sua cessazione. Sulla richiesta provvede lo stesso tribunale che ha disposto la misura di prevenzione, con le forme previste per il relativo procedimento e rispettando le disposizioni di cui al precedente comma".
Disponible en: http://www.normattiva.it.
Como se extrae de la norma, se prevé la incautación de bienes una vez abierto el proceso penal, cuando haya indicios suficientes de que son fruto de actividades ilícitas, o que se han adquirido con el rendimiento de éstas. En ese contexto, se considera un indicio de peso la desproporción entre el nivel de vida y la entidad de los ingresos aparentes o declarados. Esta confiscación tiene un carácter preventivo. Según informó el Consejo Fiscal español, esta ley en principio "*...era aplicada incluso a personas simplemente sospechosas o indagadas por determinadas actividades delictivas relacionadas con la mafia, lo que determinó que dicha disposición legal fuera declarada inconstitucional. Esta declaración motivó la posterior reforma del texto legal y la promulgación de la Ley 50/94 de 8 de agosto que permite aplicar este procedimiento a las personas condenadas por las actividades criminales previstas a estos efectos.*" Informe del Consejo Fiscal, DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* pp. 145-146. También podemos mencionar la Legge 7 agosto 1992, n. 356, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. Ésta, en el art. 12 sexies prevé para ciertos delitos la confiscación de bienes del condenado cuya procedencia no pueda justificar y que sean desproporcionados con sus ingresos. No omito indicar que esta norma fue modificada por la Legge 13 febbraio 2001, N° 45, disponibles ambas en: http://www.camera.it/parlam/leggi/01045l.htm.

[56] Vid. art. 12 sexies mencionado líneas atrás.

[57] Sobre este tema, Vid. SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, op. cit.,* pp. 168-169.

C. El comiso ampliado en la jurisprudencia del TEDH.

Los criterios que ha vertido el TEDH sobre este tema deben enmarcarse necesariamente en la normativa cuya aplicación ha sido cuestionada. En el caso Welch contra Reino Unido, al demandante, condenado por la importación de cannabis al Reino Unido, se le aplicó retroactivamente la Drug Trafficking Offenses Act de 1986, normativa que entró en vigor después de sucedidos los hechos. Según esa normativa, correspondía confiscar las ganancias ilícitas obtenidas con el delito y en caso de impago, debía sustituirse esa medida por dos años de prisión. La legislación mencionada también contiene una presunción sobre el origen delictivo de los bienes o el dinero trasmitido durante los 6 años previos a la acusación penal, salvo que se aportase prueba en contrario. En este caso, el demandante reclamó el quebranto del art. 7 del CEDH (que prohíbe imponer penas más graves que la aplicable al momento en que se comete la infracción), pues se le había confiscado una suma importante de dinero con base en una ley posterior a los hechos.

Para decidir si la confiscación contenida en la regulación antes señalada era o no una sanción o pena en los términos que señala el art. 7.1 párrafo 2 de la CEDH, el TEDH tomó en cuenta diversos criterios, a saber, si se imponía tras la condena por una infracción; la naturaleza y el objetivo de la medida; su calificación en el Derecho interno; los procedimientos para su imposición y ejecución, así como su gravedad. Concluyó que era una medida que tenía conexión con el delito y requería una condena penal; que su naturaleza preventiva (prevenir que los bienes fuesen usados en nuevas operaciones de narcotráfico y garantizar que el crimen no fuese lucrativo), no excluía que también buscase castigar al delincuente. Para el TEDH, si bien la gravedad de la medida no era determinante, sí lo eran las amplias presunciones legales según las cuales, todo lo que había pasado por las manos del acusado durante un periodo de tiempo era fruto del tráfico de drogas, salvo que demostrase lo contrario; el hecho de que el comiso recayese sobre el producto del tráfico de estupefacientes y no se limitase al enriquecimiento o beneficios efectivos; el poder discrecional del juez para, al momento de fijar la cuantía del comiso, tomar en cuenta el grado de culpabilidad del acusado, así como también la posibilidad de imponer una pena de prisión si había impago. Todo esto provocó que el TEDH estimara que la confiscación efectuada tenía un carácter represivo y dedujese que el demandante había sufrido con esa medida un perjuicio mayor que aquel al que estuvo expuesto por cometer las infracciones por las que había sido condenado.[58] Una situación

[58] Caso Welch contra Reino Unido. Sentencia de 9 de febrero de 1995. TEDH 1995\5. En lo que aquí importa, indica: *"Sin embargo, varios aspectos del pronunciamiento de una orden de acuerdo con la Ley de 1986 incorporan la idea de pena tal como se conoce generalmente, aunque pueden ser considerados esenciales para el régimen preventivo inherente a la Ley de 1986. Las presunciones legales del artículo 2.3 de la Ley de 1986, según las cuales todo bien en manos del delincuente durante un período de seis años es fruto del tráfico de estupefacientes salvo si se demuestra lo contrario (apartado 12 supra), el hecho de que la orden de confiscación haga referencia al producto del tráfico de estupefacientes y no se limite al enriquecimiento o beneficio efectivo (ver artículo 1 y 2 de la Ley de 1986, apartado 12 supra), el poder discrecional del juez de fondo para tomar en consideración, cuando fija la cantidad de la orden, el grado de culpabilidad del acusado (apartado 13 supra), así como la posibili-*

análoga se aprecia en el Caso Jamil contra Francia.[59] En éste, con base en los mismos parámetros ya mencionados (si la medida -en este caso el encarcelamiento del demandante por el impago de una multa- se impone tras una condena por un delito; la calificación de la medida en el derecho interno, su naturaleza y objeto, los procedimientos involucrados en la adopción y aplicación, así como su gravedad), el TEDH estimó que se había dado la aplicación retroactiva de una norma que se articula en el contexto de la lucha contra el tráfico de drogas y que no obstante las apariencias, debía considerarse una pena.

Estas conclusiones no se han consolidado en resoluciones posteriores de ese Tribunal. Al contrario. Veamos primero el Caso Air Canadá contra Reino Unido.[60] En un avión de esta compañía, se localizó un contenedor que al ser abierto, reveló contener 331 kilos de resina de cannabis, valorada en 800.000 GBP. El número de la carta de transporte aéreo del contenedor era falso, el sistema informático de flete no disponía de ningún dato sobre el contenedor y ninguna carta de transporte aéreo había sido establecida y enviada con respecto a él. La compañía, que anteriormente había sido apercibida sobre la necesidad de mejorar sus controles de seguridad, sufrió de parte de los inspectores el embargo del aparato, cuya restitución quedó subordinada al pago de 50.000 GBP. Según el TEDH, esta medida (el pago de una suma de dinero como condición para recuperar el avión), además de ser proporcional al interés general que se persigue en el combate del narcotráfico, no puede considerarse protegida por el art. 6 del Convenio, pues no tiene carácter penal. No es una sanción o multa, sino una condición para la restitución. La ausencia de una acusación en materia penal o de una disposición penal por naturaleza, como la circunstancia de que los tribunales represivos no hubiesen intervenido, en combinación con el hecho de que no existió ninguna amenaza de procedimiento penal en el caso de que la compañía no obedeciera, lo demuestran así. De otra opinión, el Juez Walsh concluyó que la medida era penal, pues se tomó días después del vuelo en cuestión, lo que acredita que las autoridades aduaneras querían llamar la atención sobre la importancia del debido control de las mercancías; porque sin acusar a la empresa, se le sancionó a través del siguiente mecanismo: se embargó el aparato y luego se subordinó su restitución al pago de 50.000 GBP, pago que la empresa debía hacer ya que el avión estaba en tránsito y lleno de pasajeros. Según entendió este Juez, aunque en el derecho británico este procedimiento se considera más civil que penal, esto no vincula al TEDH, que para determinar lo anterior debe examinar la naturaleza y gravedad de la medida y aquí la empresa fue penalizada con 50.000 GBP, en realidad por el acto delictivo de una o de varias personas desconocidas por ella, entiéndase por un acto del que no era responsable. Si la confiscación está calificada de resolución *in rem*, la sanción fue impuesta *in personam*. Los Jueces Martens y Russo suscribieron también una opinión disidente con el voto mayoritario, tras considerar que la confiscación tiene un claro carácter penal, ya que tiene como finalidad sancionar una infracción para evitar su repetición. Entiende que la confis-

dad de un arresto subsidiario por falta de pago (apartado 14 supra), son todos elementos que, considerados conjuntamente, indican que se trata de un régimen represivo."

[59] En igual sentido, véase el Caso Jamil contra Francia. Sentencia de 08 de junio de 1995. TEDH 1995\20.

[60] Caso Air Canadá contra Reino Unido. Sentencia de 5 de mayo de 1995. TEDH 1995\15.

cación de bienes legales, como sucede en este caso, solo cabe si esos bienes pertenecen al autor de la infracción, ya que si pertenece a un tercero, hay garantías que se aplican a favor de éste. Esa persona debe ser autorizada a probar que no es en absoluto responsable por el hecho de que su bien haya servido para cometer la infracción. Concluyen que la privación de propiedad sin indemnización, por la vía de un castigo, únicamente es compatible con el art. 1 del Protocolo adicional (que prevé el derecho de propiedad) si el propietario tiene alguna responsabilidad. Así las cosas, la confiscación a título de *sanción* sin que el propietario pueda invocar su inocencia, invierte el justo equilibrio entre la protección del derecho al respeto de los bienes y las exigencias del interés general.

Si bien esta resolución no versa sobre el comiso ampliado sino solamente sobre el comiso o confiscación de un instrumento del delito, me parece importante mencionarla, ya que niega a este instituto el carácter de penal,[61] tal y como también sucede en el caso Agosi contra Reino Unido[62] y en el próximo caso que se analizará.

En el caso Phillips contra Reino Unido,[63] el demandante, condenado por importar resina de cannabis, alegaba violación de los derechos a la presunción de inocencia y a la propiedad privada en un proceso por tráfico de drogas, pues le fue aplicada una presunción legal al dictarse en su contra una orden de decomiso por una elevada cantidad de dinero.

El TEDH ponderó la Drug Trafficking Act de 1994, según la cual un Tribunal de la Corona debe ordenar el decomiso con respecto a quien ha sido sentenciado por uno o más delitos de tráfico de drogas, cuando entienda que ha recibido en algún mo-

---

[61] Para Vervaele, esta decisión es decepcionante, pues *"Al no colocar esta forma de confiscación bajo la protección jurídica del CEDH, se crea un peligroso precedente, y los Estados miembros son libres de sustraer las sanciones de carácter patrimonial a las severas condiciones de la protección jurídica del Derecho penal y del CEDH."* VERVAELE, John. "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?". Traducción de LAZO LÓPEZ, María José; MORENO MORENO, Fernando. En: *Revista Penal.* Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha. N° 2, 1998, p. 71.

[62] Caso Agosi contra Reino Unido. Sentencia de 24 de octubre de 1986. TEDH 1986\13. La empresa Agosi compró de manera legítima una elevada cantidad de monedas que otros introdujeron de manera irregular al Reino Unido. Se negó el carácter sancionatorio de la confiscación de las monedas pues el procedimiento penal se siguió solo contra los contrabandistas y no contra Agosi. Es una decisión con opiniones disidentes, p. ej., la del Juez Pettiti, para quien: *"Si los servicios de Aduanas hubieran actuado en la vía penal, por supuesta complicidad, contra el Administrador de Agosi, habría contado éste con un proceso justo. Pero como dichos Servicios no acusaron a Agosi, resulta injusto impedirle que recurra en la vía civil o incumplir las reglas del artículo 6 sobre los "derechos y obligaciones de carácter civil", que están en juego indudablemente en el caso de autos. Se llegó así a mantener una sanción administrativa, impuesta por los Servicios de Aduanas, sin que se justificara la culpabilidad de Agosi. El artículo 6.1 significa, ciertamente, que no se puede, invocando una transferencia de competencia o un cambio en la calificación jurídica, privar al justificable de las garantías normales que corresponden al objeto del procedimiento. Puede citarse, en este sentido, la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo en el caso Oztürk. El Estado que, debido a su organización judicial, no ha actuado penalmente contra una persona, no puede privarle de las garantías del artículo 6 alegando que no existió un proceso penal e impidiéndole, a la vez, acudir a la vía civil. Así, no se permitió a Agosi que probara su inocencia en la vía penal ni que justificara su derecho en un procedimiento civil. Recibió, pues, en este caso, un trato peor que el dispensado al autor de la infracción… Por tanto, a mi entender, se violó el artículo 6.1."*

[63] Caso Phillips contra Reino Unido. Sentencia de 5 de julio de 2001. TEDH 2001\435.

mento un pago u otra recompensa en conexión con el tráfico de drogas. El decomiso, según esa normativa, será en la cantidad que corresponda a las ganancias del tráfico de drogas que el Tribunal valore que haya adquirido la persona, a menos que el Tribunal esté convencido de que en el momento del comiso solamente pueda ser realizable una cantidad menor. Para determinar si el individuo se ha beneficiado y hasta qué punto, del tráfico de drogas, los apartados 2 y 3 del art. 4 incorporan una presunción, al exigir que el Tribunal asuma que cualquier bien que aparezca como propiedad del defendido en cualquier momento desde su condena, o durante los seis años anteriores a la fecha en que comenzó el procedimiento penal, fue recibido como pago o recompensa en conexión con el tráfico de drogas y que cualquier gasto sufragado por él durante el mismo período, fue hecho con las ganancias del tráfico de drogas. Esta asunción legal puede ser refutada por el defendido con respecto a cualquier bien o gasto, si demuestra que es incorrecta, o que puede haber un grave riesgo de injusticia si se asume (art. 4.4).

Lo que se cuestiona es, si la aplicación del citado artículo al procedimiento de decomiso que se realizó con posterioridad a la condena por la importación de resina de cannabis, supone una nueva acusación en los términos planteados en el art. 6.2 del CEDH. Si no fuese así, la segunda pregunta es si ese art. 6.2 del Convenio debe aplicarse para proteger al demandante de las presunciones hechas durante el procedimiento del comiso. En este caso el TEDH le negó la naturaleza de pena a esa confiscación, basándose en tres criterios: su calificación en el Derecho interno, la naturaleza del procedimiento y la gravedad de la sanción. En cuanto al primero, negó que el procedimiento implicase una nueva acusación o delito, pues se trataba de un proceso posterior a la condena por los delitos penales. En cuanto al segundo, si bien en el proceso de comiso se dio por sentado que el demandante se había beneficiado del tráfico de drogas en el pasado, lo anterior debido a las presunciones legales, el proceso no pretendía su condena o absolución por ningún otro delito relacionado con drogas, sino solamente valorar la cantidad apropiada en que se debía fijar el comiso. Además, aquella circunstancia (que se había beneficiado del tráfico de drogas anteriormente), no se reflejó en sus antecedentes penales. Por último, en cuanto a la pregunta acerca de si el art. 6.2 debe tener alguna aplicación para proteger al demandante de las presunciones hechas durante el proceso de decomiso, se negó que en el caso en examen fuese aplicable el derecho a ser presumido inocente, toda vez que éste surge solamente en relación con el delito concreto del que se le acusa. Una vez que el acusado ha sido declarado culpable de ese delito, el art. 6.2 no puede tener aplicación en relación con las alegaciones hechas sobre el carácter y conducta del imputado como parte del proceso de dictar sentencia, a menos que tales acusaciones fuesen de tal naturaleza y grado como para agregar una nueva acusación, situación que fue descartada.

No obstante que las conclusiones distan mucho de las expuestas en la sentencia dictada en el Caso Welch contra Reino Unido, el TEDH al concluir que el procedimiento de decomiso es análogo al empleado para determinar la cantidad de una multa o el período de cárcel a imponer a un condenado, citó esa resolución, indicando: "*Esta es, desde luego, la conclusión a la que llegó en su Sentencia Welch contra el Reino Unido de 9 de febrero de 1995 cuando, habiendo examinado la realidad de la*

situación, decidió que la orden de decomiso constituía una «pena» según el sentido del artículo 7."

Tras las anteriores consideraciones y siempre en el Caso Phillips contra Reino Unido, el TEDH hizo una serie de reflexiones en torno a las presunciones legales que me interesa destacar aquí. En concreto, afirmó que Convenio no se opone a su existencia, sin embargo, exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa. Luego de negarse a examinar en abstracto la compatibilidad de las disposiciones de la Ley de 1994 mencionada[64] con el Convenio, el TEDH estimó que en el caso concreto la aplicación de la presunción no estaba exenta de garantías, pues además de que el demandante podía ofrecer prueba de que había adquirido los bienes de forma distinta al tráfico de drogas, el juez tenía discreción para no aplicarla si creía que conllevaba un riesgo de injusticia. Entiende el TEDH que el juzgador fue reticente a emplear la presunción porque no había prueba directa de que el demandante estuviese involucrado en el tráfico de drogas con anterioridad y porque efectuó el cálculo con base en las pruebas que presentaron tanto la fiscalía como el mismo demandante, razonando por qué los bienes procedían de una fuente ilícita. Es decir, a pesar de que el TEDH avaló el empleo de las presunciones legales en el ámbito penal, descartó que se hubiese hecho uso de las mismas fuera de límites razonables. No deja de llamar la atención que el TEDH señale que si hubiese sido cierto el recuento de las actividades económicas del demandante, le hubiese resultado fácil refutar la presunción legal. Tal apreciación, a mi modo de ver es correcta según las máximas de la experiencia, pues ciertamente demostrar el origen de los bienes puede resultar ordinario y simple para su titular, siempre y cuando ese origen sea legal. Esto no significa que de no articularse esa prueba por el imputado quepa presumir que su origen es ilícito.

Al menos en lo relacionado con las presunciones legales, se ofrecen consideraciones análogas en la sentencia dictada con ocasión del caso Salabiaku contra Francia. El TEDH reconoció expresamente que la presunción de inocencia quedaría enervada si la presunción legal privase al Juez de su facultad de apreciación probatoria: "*Todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de Derecho. Es claro que el Convenio no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de ciertos límites. Si, como parece entender la Comisión … el apartado 2 del artículo 6 se limitase a establecer una garantía que deben respetar los Jueces durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, sus exigencias se confundirían de hecho, en gran parte, con el deber de imparcialidad que impone el apartado 1. Sobre todo, el legislador nacional podría libremente privar al Juez de instancia de una auténtica facultad de apreciación y dejaría sin*

[64] Como indiqué antes, la legislación aplicada al demandante prevé que la orden de decomiso debía fijarse en la cantidad que correspondiese a las ganancias del tráfico de drogas que el tribunal valorase había adquirido. Para determinar hasta qué punto se había dado ese beneficio, se acude a una presunción legal, a saber, asumir que cualquier bien que apareciera como de su propiedad en cualquier momento desde su condena, o durante los seis años anteriores a la fecha en que comenzó el procedimiento penal, fue recibido como pago o recompensa en conexión con el tráfico de drogas y que cualquier gasto sufragado por él durante el mismo período, fue hecho con las ganancias del tráfico de drogas.

contenido a la presunción de inocencia si las palabras "legalmente declarada" implicasen un reenvío incondicional al Derecho interno. Un resultado así no concordaría con el objeto y la finalidad del artículo 6 que, al proteger el derecho de todos a un proceso justo y, especialmente, al beneficio de la presunción de inocencia, pretende consagrar el principio fundamental de la preeminencia del Derecho..."[65] Después de apuntar que el quebranto del Convenio no se podía determinar en abstracto, concluyó que en ese caso específico no se había irrespetado el art. 6.2 del CEDH, ya que a pesar de la presunción contenida en el art. 392.1 del Código de Aduanas francés, a cuyo tenor el poseedor de mercancías de contrabando sería considerado responsable de la infracción, los juzgadores se habían cuidado de no aplicarla. En su lugar procedieron a valorar las pruebas, concluyendo que había elementos suficientes, graves, precisos y concordantes para apoyar la condena.

Entiendo que con el caso Phillips contra Reino Unido el TEDH cambió de criterio, erróneamente. Como bien se apunta en la opinión parcialmente disidente de dos de los Jueces, se ha tenido una visión muy estrecha del art. 6.2, ya que determinar si los bienes que están en poder del demandante son producto del tráfico de drogas es el meollo del procedimiento de decomiso y, por tanto, son los hechos medulares sobre los que el Tribunal que dicta la sentencia está obligado a decidir. No se trata de hechos no determinantes, considerados solo para fijar el período de una pena, sino de hechos trascendentes que se ponderan con el propósito de privarle de la cantidad sustancial de dinero que el Tribunal concluya, con la ayuda de las presunciones legales, que ha derivado de actividades esencialmente criminales. Aunado a esto, los requisitos del art. 6 según ha reconocido el mismo TEDH, abarcan todas las fases del proceso, con lo cual lo relacionado con el comiso de los bienes se debería someter a las exigencias de un proceso equitativo y la presunción de inocencia, ambos principios íntimamente vinculados entre sí.

Finalmente, el caso Geerings contra The Netherlands[66] también nos ofrece algunas ideas sobre este tema. El TEDH, tras señalar que el art. 6.2 de la CEDH no cubre el procedimiento de decomiso que sigue a la condena penal a menos que pueda considerarse una nueva acusación (tesis que había expuesto en otras resoluciones), indicó que mientras en el caso Phillips contra Reino Unido el demandante había sido condenado por un delito de tráfico de drogas y no logró explicar el origen de sus bienes (de ahí que podía presumirse que estos procedían de actividades ilegales), en el caso Geerings no se demostró que el demandante estuviese en posesión de los bienes y había sido absuelto de los cargos que se le atribuían (entre otros, robo de mercancías). Según el TEDH, solo había una duda razonable de que había cometido el delito y no se podía demostrar que la ventaja que se pretendía confiscar se había obtenido de delitos de la misma clase. Por lo expuesto, concluyó que la medida se había basado en una presunción de culpabilidad, lo que no era compatible con el art. 6.2 mencionado.

[65] Caso Salabiaku contra Francia. Sentencia de 7 de octubre de 1988. TEDH 1988\20. En igual sentido, Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido. Sentencia de 23 de septiembre de 2008. TEDH 2008\61.

[66] Case of Geerings v. The Netherlands. STEDH de 1 de junio de 2007. Disponible en: http://cmiskp.echr.coe.int.

Hecha la anterior exposición, creo que la conclusión más importante que se puede desprender es que la ausencia de criterios uniformes que permitan entender qué confiscación de un patrimonio criminal, sobre todo en relación con el comiso ampliado, tiene o no naturaleza penal para el TEDH.[67]

D. Examen del párrafo 2 del artículo 127.1 CP.

Esta disposición legal tiene dos vertientes, la primera de naturaleza sustancial o material, pues extiende la figura jurídica del comiso a bienes que no están relacionados directamente con el delito enjuiciado. También tiene una naturaleza procesal, pues establece una regla sobre cómo el órgano jurisdiccional puede tener por demostrado el origen ilícito de los bienes (a saber, una presunción legal).[68]

Del párrafo segundo del artículo 127.1 CP se extraen varios temas que merecen un análisis pormenorizado. Me refiero a los bienes objeto de este comiso y la interpretación que corresponde hacer del verbo *ampliar*. También es necesario precisar en cuáles delitos procede imponer este comiso, tarea que pasa por dar contenido a las expresiones *actividades delictivas, ingresos legales* y *organización o grupo criminal o terrorista* y *delitos de terrorismo*. Igualmente y entre otros extremos, se debe abordar la presunción que establece la norma en cuanto al origen ilegal de los bienes, basada en la desproporción entre el patrimonio de los condenados y sus ingresos legales; la situación de los bienes de terceros, así como el acuerdo del TS del 5 de octubre de 1998 y su vínculo con el comiso ampliado.

1. Objeto del comiso ampliado. Uso del verbo *ampliar*.

A pesar de que el comiso ampliado es un instrumento diseñado con el propósito de acabar con los *beneficios de carácter económico* que se vinculan con ciertos fenómenos criminales, el párrafo 2 del art. 127.1 CP abarca no solo las ganancias, sino también los efectos, bienes e instrumentos procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. Nuevamente, el legislador rompe la conexión que debería existir entre el comiso y su fundamento y fines, pues como se ha venido señalando, el comiso de los instrumentos y efectos solamente se entiende por la peligrosidad de estos (sea intrínseca, sea en relación con alguien).

[67] De una opinión similar, VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?". En: *RP, op. cit.,* p. 80.
[68] Pérez Cebadera habla de un componente material y uno procesal. PÉREZ CEBADERA, *op. cit.*, p. 78.

Aunado a esto, el comiso ampliado alcanza *todo* el patrimonio del condenado cuyo valor se pueda considerar desproporcionado con sus ingresos legales. De esta manera, se cierra la puerta al comiso *parcial* de bienes. Autores como Aguado Correa y Fernández Teruelo creen que este error se puede atemperar con la aplicación del art. 128 CP,[69] sin embargo, como en esta norma no se incluyen las ganancias, siempre habrá quienes consideren erróneamente,[70] que el comiso de éstas deberá ser total. A mayor abundamiento, el art. 127.1 párrafo 2 CP prevé un comiso de carácter preceptivo,[71] con lo cual se impide al órgano jurisdiccional no ordenarlo por completo, lo que hubiese sido útil para evitar injusticias.

El hecho de que los bienes sometidos a comiso ampliado sean los de valor desproporcionado con los ingresos legales del condenado es considerado por algunos autores un criterio limitador cuantitativo, con el que el legislador evita decomisar la totalidad del patrimonio de alguien. [72] Ahora, si el sujeto no tiene ingreso lícito alguno, el comiso alcanzará todos sus bienes, pues todos desbordan su capacidad económica.

Finalmente, lo que motiva el comiso de un bien es la desproporción mencionada y no el hecho de que haya sido catalogado como efecto, instrumento o ganancia de la infracción (esto como veremos luego, sencillamente se presume). Tan es así que si el condenado tiene bienes que han sido empleados para cometer una o varias infracciones distintas a la enjuiciada y cuyo valor no es desproporcional con sus ingresos legales, su comiso no procederá, lo anterior incluso a pesar de que sean bienes peligrosos, esto porque el comiso ampliado no toma en cuenta esa circunstancia.

---

[69] FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 122 y AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 509.

[70] Digo *erróneamente* pues el principio de proporcionalidad tiene fundamento constitucional, con lo cual debe aplicarse al comiso de las ganancias aunque el art. 128 CP no las contemple de forma expresa. Sobre el tema véase *supra* cap. IV, apartado X.A.

[71] Considera que el comiso ampliado deja sin efecto lo dispuesto en el art. 128 CP, FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 119 y VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 2004.

[72] RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 787; QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.,* p. 108 y CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 696.

En cuanto al uso del verbo *ampliar*, con él el legislador autoriza el comiso de bienes que no se relacionan con la concreta actividad que está siendo enjuiciada.[73] Si se tratase de los hechos sometidos a juzgamiento, la *ampliación* del comiso carecería de sentido, pues ya se prevé el decomiso de efectos, instrumentos y ganancias en el art. 127.1 párrafo 1 CP.

2. Sobre las *actividades delictivas* y los *ingresos legales*.

El art. 127.1 párrafo 2 CP usa la expresión *actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista*. Con ésta, el legislador excluye el comiso ampliado tratándose de las faltas y circunscribe su aplicación a los bienes procedentes de actividades que tienen alguna relación con las que desarrolla la organización o grupo criminal o terrorista. Cabe preguntarse qué sucede cuando el condenado no es miembro de la organización, sino solo alguien que actúa al servicio

[73] En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 120 y GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 966. El Consejo General del Poder Judicial, al comentar el Anteproyecto de reforma del Código Penal, consideró que la iniciativa podía atentar contra la seguridad jurídica, pues lo que buscaba era el decomiso de todos los efectos, instrumentos o ganancias procedentes de una actividad delictiva distinta y previa a la enjuiciada, ya que de lo contrario, en el texto legal no se hubiese usado la expresión "ampliar el decomiso", sino únicamente se hubiese previsto el decomiso de todos los beneficios económicos que en la propia sentencia se considerasen procedentes de la actividad delictiva sometida a juzgamiento. Así, indicó: *"La propuesta obedece a la conveniencia político-criminal de privar a quienes cometen delitos en el seno de una organización criminal del beneficio procedente de actividades delictivas previas puestas de manifiesto, no por estar dicha procedencia probada en sentencia firme alguna, sino por el incremento patrimonial injustificado del sujeto… El punto de partida… es que el objeto del comiso en estos casos son efectos, bienes, instrumentos o ganancias procedentes de una actividad delictiva distinta, es decir, previa de la que motiva la ampliación del comiso, ya que, de no ser así, el precepto no hablaría de "ampliar", sino, simplemente, de decomisar todos los beneficios económicos que en la propia sentencia se consideren procedentes de esa concreta actividad delictiva objeto de enjuiciamiento. Para esto no sería necesaria la nueva norma, que pretende ampliar el decomiso de ganancias que van más allá de las correspondientes a la concreta conducta delictiva objeto del enjuiciamiento. Es, pues, éste el único significado político-criminal real de esta norma, ya que, como antes se ha apuntado, en el ámbito de la criminalidad organizada solo suele conseguirse probar la intervención de sus integrantes en algún concreto delito y su pertenencia continuada a la organización, pero es poco frecuente que sea posible probar sus concretas intervenciones en otros delitos anteriores. Actividad delictiva previa que, sin embargo, parece notoria, a veces, a la vista, precisamente, del injustificado patrimonio de los implicados."* DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 69. En sentido contrario, el Consejo Fiscal valoró la reforma de manera positiva. Consideró en su informe que la expresión "ampliar el decomiso" hacía referencia a una medida de mayor extensión que la prevista en el párrafo primero del 127 apartado 1 CP. DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, ibídem,* p. 144.

de ésta: "*Imaginemos el sujeto contratado por la organización para llevar a cabo trabajos puntuales específicos, como el traslado de las drogas en un avión o el manejo del barco en el que se transportan inmigrantes. Si el sujeto es condenado, junto con otros miembros de la organización delictiva, pero no se llega a acreditar su pertenencia a la misma, aunque sí la existencia de un patrimonio desproporcionado que no puede justificar, ¿se le podrá decomisar dicho patrimonio?*"[74] Creo que cabrá el comiso ampliado únicamente cuando esa persona haya sido condenada por alguna de las conductas contempladas en los arts. 570 bis o 570 ter CP, pues son estas disposiciones las que definen los conceptos de organización y grupo criminal. Aunado a esto, si bien tratándose de las organizaciones criminales, el art. 570 bis CP tipifica la cooperación a cualquier clase con la organización (con lo cual podría comprenderse una conducta como la citada en el ejemplo anterior), en el tipo penal referido a los grupos criminales no existe esa misma previsión y solo se sanciona a quienes constituyan, financien o integren el grupo. Por tanto, p. ej., si una persona sin ser parte del grupo criminal, realiza un acto de colaboración con éste y no se le sanciona como autor o partícipe del delito cometido en el art. 570 ter, no cabrá imponer el comiso ampliado sobre su patrimonio, esto incluso a pesar de que su valor sea superior a sus ingresos legales.

El legislador español no planteó exigencias en torno a la actividad delictiva que da origen a los bienes, con lo cual puede ser o no de la misma naturaleza que la sometida a condena.[75] Con esto abarcó, al menos inicialmente, los supuestos a) y b) del artículo 3.2 de la DM 2005/212/JAI del Consejo. Sin embargo, al señalar cuáles bienes se deben considerar de procedencia ilícita, decidió abandonar ese camino y centrarse exclusivamente en supuesto c) del ya mencionado art. 3.2. Al indicar cuáles bienes son los de procedencia ilícita (en concreto, los que tengan un valor desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de las personas condenadas), estableció un límite que solamente se puede soslayar con una interpretación extensiva de la norma, inadmisible si consideramos que la disposición tiene un carácter punitivo (sobre esto regresaré luego). Dicho en otras palabras, como el art. 127.1 párrafo segundo, tras incorporar el decomiso de los bienes procedentes de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista o de un delito de terrorismo, especificó cuáles son los bienes que se deben considerar así, se debe concluir que simultáneamente excluyó el decomiso de otros bienes, incluso el de aquellos en relación con los cuales pese a no haber dicha desproporción patrimonial hay certeza sobre su procedencia irregular. Del mismo modo, como el comiso ampliado se dispone específicamente en relación con la delincuencia organizada y el terrorismo, quedan por fuera

[74] BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 102.

[75] Según Blanco Cordero, lo razonable es pensar que los bienes proceden de cualquier actividad de la organización criminal con independencia de su naturaleza. *"Por ejemplo, si el sujeto es condenado por tráfico de drogas cometido en el marco de una organización criminal, y tiene un patrimonio desproporcionado que no puede justificar, se presume que dicho exceso procede de la actividad delictiva de la organización, sea el tráfico de drogas o cualquier otro delito."* BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 103. Con un criterio distinto, Pérez Cebadera cree que los bienes deben proceder de la misma actividad delictiva, o de una similar a la enjuiciada. PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 73.

otros fenómenos en los que también las ganancias obtenidas pueden llegar a ser considerables, p. ej., los casos de corrupción en los que el autor (que no es parte de una organización criminal) acumula riqueza con el paso del tiempo.[76] Éste por ejemplo, es un caso en el que existe la desproporción entre activos e ingresos descrita en la norma y en el cual, a pesar de no vincularse con la delincuencia organizada o el terrorismo, el comiso podría ser una herramienta importante. Por lo anterior, lo recomendable sería que los concretos delitos en los que se desea su aplicación remitan expresamente al art. 127.1 párrafo 2 CP.

El artículo también usa las palabras *ingresos legales*. Fernández Teruelo cree que el término *ilegal* debe considerarse sinónimo de *delictivo*, con lo cual quedan por fuera aquellos ingresos que se han generado por actividades fiscales opacas o propias de la economía sumergida, evitándose así que el comiso ampliado se convierta en un mecanismo expropiador por razones fiscales.[77] Concuerdo con él. Los bienes a decomisar provienen de actividades *delictivas* y no de otras actividades que aunque irregulares, no han sido tipificadas penalmente. Además, lo que se presume en el art. 127.1 párrafo 2 CP es que los bienes provienen de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo, con lo cual la prueba en contrario puede estar dirigida no solo a demostrar que los bienes tienen un origen lícito; sino también que proceden de actividades que aunque irregulares no son delictivas (p. ej., actividades propias de la economía sumergida); que proceden de faltas (pues si bien los arts. 570 bis y 570 ter hablan de la comisión reiterada de faltas, el comiso ampliado solo contempla las actividades

---

[76] *"...es patente que queda incomprensiblemente fuera de la "presunción" la riqueza acumulada, por ejemplo, por un funcionario corrupto, respecto del cual sería preciso probar mínimamente que la única explicación posible de su patrimonio es un determinado delito. Eso resulta especialmente complejo en casos de corrupción continuada en el tiempo, en los que se establece una relación cuasi estable entre corruptores y corrompidos sin necesidad de imputar una u otra ganancia a una operación delictiva concretable en el tiempo, y sin que sea tampoco fácil calificar esa relación como supuesto de criminalidad organizada."* QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.,* p. 109. En igual sentido, RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 787. Lamenta que en la reforma no se abarcaran con el comiso ampliado las ganancias de la corrupción aunque no haya una organización criminal detrás, BLANCO CORDERO, Isidoro. "La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas." En: *Diario La Ley. Especial reforma del Código Penal.* Editorial La Ley, N° 7534, Sección Tribuna, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, p. 27; BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 102; VAELLO ESQUERDO, Esperanza. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 3° edición, 2010, p. 160 y CASTILLO MONTERREY, Marcelo. "El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010." En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; GORJÓN BARRANCO, María; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *La reforma penal 2010.* Salamanca, Ratio Legis, 2011, p. 113.

[77] FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 122; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7657, Sección Doctrina, 22 de junio de 2011, Año XXXII, p. 11.

delictivas cometidas en el marco de la delincuencia organizada y el terrorismo); o que procediendo de delitos, no son delitos cometidos en el marco de la delincuencia organizada o el terrorismo. Esto confirma que el término *ilegal* debe entenderse como sinónimo de *delictivo*.

3. Organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo.

El art. 127.1 párrafo 2 CP señala que el comiso ampliado se aplica a los casos de condena por delitos cometidos en el marco de una *organización o grupo criminal*. La pregunta que surge es qué contenido cabe asignar a la organización criminal y al grupo criminal.

Esther Hava García considera que la organización criminal deberá entenderse conforme con lo dispuesto en la normativa comunitaria. En relación con los grupos criminales, cree que se deberán excluir los casos donde lo que hay es un mero acuerdo ocasional y transitorio, en donde se carece por completo *"…de un mínimo de organización dirigida no ya a la comisión de un delito concreto, sino al despliegue de actividades delictivas."*[78]

Esta interpretación no se ajusta al texto del Código Penal. Los términos organización o grupo criminal están definidos normativamente a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, en concreto, en el apartado 1 del art. 570 bis (organizaciones criminales) y el apartado 1 del art. 570 ter del CP (grupos criminales).[79] Entiendo que habrá que acudir a estas normas para colmar el significado de los términos contenidos en el art. 127.1 párrafo 2 CP.[80]

[78] HAVA GARCÍA, "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* pp. 160-161.

[79] En este sentido GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 300.

[80] FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 119; FERNÁNDEZ TERUELO, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 11; AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 509; GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 966 y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. "El comiso." En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma.* Madrid, La Ley, 2012, p. 215. Vid. también la STS N° 223/2012 de 20 marzo, que señala que el elemento *organización criminal* contemplado en el art. 369 bis, debe comprenderse con la definición legal de organización contenida en el art. 570 bis.

Tratándose de la organización criminal, la primer característica es la intervención de más de dos personas (entiéndase, tres como mínimo[81]). La segunda es el carácter estable o por tiempo indefinido de la organización (lo que excluye los acuerdos ocasionales o los acuerdos para cometer un número limitado de delitos, o para delinquir en un lapso más o menos limitado[82]). La tercera consiste en un reparto de funciones o tareas de manera concertada y coordinada. Se requiere en consecuencia, de una mínima estructura que permita la coordinación.[83] La cuarta, la finalidad de cometer delitos, o de perpetrar reiteradamente faltas. El art. 570 bis.1 CP usa el plural de ambos sustantivos (delitos y faltas), con lo cual no será organización criminal la que acuerde la comisión de un único delito o falta.

La norma no demanda que los delitos que se busca cometer sean de cierta gravedad, tan es así que prevé dos escalas punitivas, aplicables según se trate de delitos graves o de los demás casos entre los que se incluye la comisión (si bien reiterada), de faltas. Entiendo lo anterior como un equívoco del legislador, ya que desde una perspectiva criminológica, las organizaciones criminales que son realmente peligrosas son las que se dedican a la comisión comúnmente violenta de ciertas infracciones graves.[84] También se echa de menos que se hubiese incluido la búsqueda de un beneficio económico o material, ambos extremos que hubiesen sido útiles para evitar que este nuevo tipo penal de peligro abstracto y mera actividad, creado para combatir un fenómeno complejo (recordemos que la delincuencia organizada es una empresa criminal dirigida a obtener y maximizar los beneficios económicos que obtiene con la comisión de delitos[85]), se aplique a situaciones que no tienen tanta relevancia en términos criminológicos.[86]

---

[81] Sánchez García de Paz considera que lo recomendable hubiese sido que la norma exigiese un número mayor de miembros. Así, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1926.

[82] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, ibídem,* p. 1926.

[83] *"...debe reconducirse a la organización criminal sólo los casos donde se aprecie cierta complejidad organizativa, de la que es señal el reparto estable de tareas o funciones entre sus integrantes y su ejercicio de modo coordinado."* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, ibídem,* p. 1927.

[84] Como señala Cancio Meliá, el fundamento del especial injusto de la organización criminal radica en que el uso de la violencia que es consustancial a ella. No valen cualesquiera delitos y mucho menos faltas, a menos que la organización criminal deba ser *"cualquier agrupación estable y funcionalmente diferenciada de ladrones de gallinas."* CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 651.

[85] *"La expresión crimen organizado viene a designar, desde un punto de vista criminológico, la asunción de la actividad criminal por grupos de delincuentes organizados logísticamente al modo de una empresa criminal con el fin de maximizar los beneficios económicos derivados del delito; actividad criminal que suele centrarse en delitos de particular gravedad como la extorsión, el tráfico de drogas, de armas, de personas destinadas a la prostitución, de inmigrantes ilegales, etc., el blanqueo de capitales o el secuestro, entre otros."* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1924.

[86] Muy crítica con la decisión del legislador de no limitar esta figura a delitos de cierta gravedad y a la finalidad de obtener un beneficio económico o económicamente evaluable, MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada." En: TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: *Revis-*

El tipo penal básico sanciona a quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan la organización criminal, sea que tenga por fin cometer delitos graves u otros delitos. También castiga a quienes participen activamente en la organización, formen parte de la organización o cooperen con ella, sea económicamente o de cualquier modo. Así las cosas, además de sancionar a los líderes (entiéndase, quienes promocionan, constituyan, coordinan o dirijan la organización), sanciona también a los miembros de ésta, sean activos o no (basta con formar parte de la organización), o a los que simplemente cooperen con ella, lo que incluye el supuesto de quien sin ser parte de la organización colabora con la misma. Es decir, se puede punir la simple complicidad que no necesariamente es sinónimo de pertenencia.[87]

El artículo 570 ter CP incorpora una definición de grupo criminal. Según ella, éste consiste en "*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.*"

El legislador español elabora la definición de grupo criminal a partir de la ausencia de las características de la organización criminal, es decir, como una figura de carácter residual frente a ésta.[88] Aunque comparten el número de integrantes (tres o más personas) y los fines perseguidos (comisión de delitos o faltas de manera reiterada, ambos sustantivos empleados en su forma plural), el grupo criminal o carece de estabilidad temporal, o carece de concertación y coordinación en el reparto de tareas o funciones (entiéndase, de una estructura organizacional), o carece de ambos.[89] Ahora, a diferencia de algunos autores (p. ej., Sánchez García de Paz[90]),

---

ta Jurídica de Catalunya. Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX, p. 70.

[87] Para García Albero será necesario excluir algunas conductas: *"Tamaña apertura a formas innominadas de simple complicidad exigirá de mucho cuidado a la hora de excluir del tipo simples conductas que quepa calificar de "neutrales" o "estandarizadas", por mucho que el sujeto conozca que el servicio o la prestación del bien, se efectúa a la organización, siempre que además se trate de actos cotidianos de escasa trascendencia ("minima non cura praetor")."* GARCÍA ALBERO, Ramón. "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 1707.

[88] Así lo indica expresamente el apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio. También JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 99 y CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 651.

[89] FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* pp. 119-120. Para Muñoz Conde, el grupo solo exige la concertación, no siendo indispensable ni el carácter estable o por tiempo indefinido, ni la coordinación entre sus miembros. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* 18° edición, 2010, p. 910.

[90] Según esta autora, este tipo penal no comprende la concertación para cometer un único delito, lo que le diferencia de la mera conspiración para delinquir o la codelincuencia. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Artículo 570 ter." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.*

no me parece tan clara la distinción entre las conductas que prevé esta norma y otros actos preparatorios, v.g., la conspiración para delinquir.[91] Pensemos p. ej., en cuatro personas que se han puesto de acuerdo para cometer tres robos en viviendas que están claramente señaladas. Además de constituir e integrar el grupo, así como trazar un plan para ingresar a los inmuebles, han acordado que los robos los efectuarán en un lapso de seis días (uno cada día) y que luego de repartir el botín, no volverán a encontrarse nuevamente. Esta hipótesis fáctica, que encuadra perfectamente en el artículo 570 ter, es una expresión del acuerdo que se contempla en el artículo 17.1 CP (conspiración para delinquir), pues aunque en este artículo se habla del concierto para ejecutar *un* delito, la doctrina no descarta su aplicación cuando los conspiradores han decidido cometer *varios* delitos.[92] En suma, con el *grupo criminal* también se pueden abarcar supuestos de codelincuencia, en particular de conspiración para delinquir.[93] Ahora, la confusión no siempre se da, pues pese a sus semejanzas, entre ambas figuras también hay diferencias, así que dependerá del examen que se haga de cada caso. P. ej., mientras que en la conspiración basta con que haya dos personas, en estos tipos penales se exige un mínimo de tres. La conspiración solo se castiga en relación con ciertos delitos (p. ej., delitos contra la vida o la integridad física) y con una pena que depende de la pena correspondiente al delito de referencia consumado. La organización o grupo criminal se castiga en relación con cualquier delito y su pena es autónoma. Finalmente, mientras que la conspiración queda absorbida una vez que el hecho criminal entra en la fase de ejecución o consumación, la organización o grupo criminal son delitos autónomos de aquellos que pueda llegar a cometer la organización o el grupo.[94]

Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1930. A pesar de reconocer que los límites son difusos, Cortés Bechiarelli también cree que a diferencia del grupo criminal, la conspiración para delinquir nace para la consumación de una infracción concreta. CORTÉS BECHIARELLI, "El comiso", En: JUANES PECES, *Reforma del Código Penal, op. cit.,* p. 94.

[91] Es del mismo criterio que expongo García Albero. Éste señala: *"Si ni la permanencia, ni el reparto de funciones, ni la estabilidad, definen al grupo, ¿Cuál es la nota definitoria esencial? Pues simplemente la "unión" de más de dos personas con el propósito de cometer delitos o faltas reiteradas. Así las cosas, la figura plantea problemas de delimitación frente a la conspiración para delinquir,... Pero si la permanencia ya no es requisito del grupo, parece que sólo queda la concreción del delito, en singular, como criterio de distinción entre un acto preparatorio que, no se olvide, resultará desplazado por la ejecución del delito propuesto, y el nuevo delito de pertenencia a grupo criminal."* GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, pp. 1705-1706.

[92] *"Por otra parte, el hecho de que el art. 17.2 se refiera a la conspiración para cometer un delito plantea la problemática de decidir qué tratamiento debe darse a aquellos casos en que los conspiradores hayan decidido cometer varios. La solución más convincente, atenta a la naturaleza dependiente de los actos preparatorios respecto a los correspondientes tipos de la parte especial, pasa por la apreciación de un concurso ideal de delitos, de modo que una sola acción será constitutiva de varias infracciones (por ejemplo, conspiración para el homicidio y para el robo), única opción que permite, por cierto, determinar debidamente la pena..."* LLABRÉS FUSTER, Antoni. "Artículo 17." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 134.

[93] Como señala Cancio Meliá, tan es así que las reglas generales contenidas en el CP sobre la conspiración para delinquir quedan abolidas por esta situación: CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 652.

[94] Diferencias expuestas por MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* 18° edición, 2010, p. 910.

El tipo penal solo sanciona a quienes constituyan, financien o integren el grupo criminal y no se hacen distinciones en la escala punitiva con base en criterios jerárquicos. Esto, según algunos, es coherente con la idea de que el grupo es un agregado de personas que carece precisamente de estructura jerárquica.[95]

En mi opinión el error está en pretender regular el fenómeno de los grupos criminales de manera prácticamente idéntica al de las organizaciones criminales. Para los primeros, el legislador también creó un tipo penal de peligro y de mera actividad (el tipo penal no precisa la producción de ningún resultado, nótese que no se necesita que el grupo haya iniciado su programa delictivo, bastando solo con su finalidad), que puede extenderse sobre fenómenos cuya gravedad criminológica no es la propia de la delincuencia organizada. Así podemos llegar al extremo de aplicar o no este artículo basándonos únicamente en el número de delitos a realizar. V.g., si en el caso antes expuesto los 4 individuos solo hubiesen acordado cometer un robo en lugar de tres, el artículo 570 ter no podría aplicarse (esta última norma habla de *delitos*) y en consecuencia, ese acuerdo quizá se catalogaría como un acto preparatorio impune.

Con el terrorismo se da el mismo fenómeno, pues el legislador español también desbordó los límites planteados en la DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. La LO 5/2010, de 22 de junio, aunque incorpora una definición de *organización y grupo terrorista* que se echaba en falta,[96] remite a los conceptos de *organización y grupo criminal* que por las razones que expuse atrás, son problemáticos. En concreto, son organizaciones y grupos terroristas las *organizaciones* o *grupos* que además de ostentar la categoría de *criminales* según los artículos 570 bis y ter CP, presentan un elemento subjetivo adicional (el propósito de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, lo anterior a través de la comisión de los delitos de terrorismo, que son los previstos en la Sección 2° del Capítulo VII de Título XXII denominado Delitos contra el orden público).[97]

Como bien indica la doctrina, el legislador obvió que la alusión al grupo contenida en la jurisprudencia del TS era solo para poner en claro que las dimensiones numéricas de la organización no eran decisivas para su calificación y que no se han dado dificultades para aprehender típicamente a las células terroristas, ya que aunque mantengan conexiones superficiales en red con la organización matriz, siguen cum-

[95] GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 1707.

[96] Antes de la reforma, los arts. 515.2 y 516 CP castigaban las organizaciones terroristas sin definirlas, lo que provocó un debate en torno al tema. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Artículo 571." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1937.

[97] Se expresa en este sentido GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 966. En palabras de Sánchez García de Paz, se trata de una figura agravada en relación con la organización y el grupo criminal. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 571." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* pp. 1936-1937. Como indica Manzanares Samaniego, se establece una finalidad y unos medios determinados para conseguirla MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo II, Parte Especial, p. 1492.

pliendo con los requisitos del concepto de organización, de ahí que no era necesario diluir el concepto unitario de organización terrorista.[98]

Aunado a esto, el art. 127.1 párrafo 2 CP habla de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo. Con esto se abre la puerta del comiso ampliado en perjuicio de quienes sin ser parte de una organización o grupo terrorista, cometen aisladamente un delito de terrorismo. Aunque esta decisión legislativa es acorde con las ideas que existen en torno a esta temática y en donde además de la presencia de una organización o grupo, también se considera censurable la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, lo que bien se puede hacer a través del comportamiento individual contenido p. ej., en el art. 577 CP, si no hay elementos para concluir que el sujeto es parte de una organización o grupo, o bien que se ha dedicado a estas actividades en el pasado (de hecho, pueden demostrarse negativamente ambas cosas), a raíz de la presunción legal que examinaremos luego, la mera desproporción entre el patrimonio del condenado y sus ingresos legales obligará al juez a imponer el comiso, lo que es criticable.

4. Presunción legal sobre el origen ilícito de los bienes.

Como indiqué páginas atrás, las dificultades para probar la vinculación de los bienes con la actividad criminal de los condenados por actividades delictivas cometidas en el marco de las organizaciones criminales, ha sido motivo de preocupación desde hace mucho tiempo. La tendencia en las normas supranacionales se dirige a relajar o invertir la carga de la prueba en este ámbito, en detrimento de las garantías que disciplinan el ordenamiento jurídico penal.[99] Así lo recomiendan, p. ej., la Convención de Viena de 1988, la de Palermo de 2000, la de Mérida de 2003 y claro está, la DM 2005/212/JAI, siempre y cuando sea compatible con los Derechos internos de cada Estado. Del mismo modo, se propone el uso de presunciones en cuanto al origen de los bienes sobre los que recaerá el comiso.

Basándose en el artículo 3.2 c) de la Decisión Marco mencionada,[100] el legislador español ha creado una base jurídica para presumir la procedencia delictiva de

[98] CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 660.

[99] Sobre el tema véase CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 336-337 y VERVAELE, "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal? En: *RP, op. cit.,* p. 68. Vervaele señala: *"…los principios fundamentales del Derecho (procesal) penal están expuestos a una dura prueba. Las sanciones de confiscación se refieren con frecuencia no solo a los hechos tenidos expresamente en cuenta, sino también a hechos similares. Además, a menudo se trata de una cuestión de carga de la prueba consistente en tener suficientes indicios o hacerlos más plausibles; en lo relativo al origen legítimo de los bienes o de los valores se invierte la carga de la prueba."*

[100] Sobre el examen de esta norma y su incorporación a la legislación española, véase el cap. II, apartados III.C; IV y V de esta investigación.

aquellos bienes cuya adquisición lícita no se puede probar.[101] Se estableció una *presunción legal*, según la cual se considera proveniente de la actividad delictiva cometida en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo, el patrimonio del condenado cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales.

Como bien entiende Quintero Olivares, de esta manera se desvinculan los actos concretos que realizó el sujeto titular del bien y el origen de éste, de manera que la idea de pertenencia a la organización o grupo criminal o terrorista (y agregaría yo, la condena por un delito de terrorismo), unida a la tenencia de bienes es suficiente para concluir que esos bienes están vinculados a las actividades delictivas de la organización o grupo (o, repito, a las propias de un delito de terrorismo), sin que sea necesario demostrar la participación efectiva (en el sentido técnico-penal) del titular del bien en un acto delictivo concreto.[102] Ahora bien, determinar si la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP se ajusta a los principios constitucionales que irradian el proceso penal español es lo pretendo a continuación.

4. a. Sobre las presunciones y la inversión de la carga de la prueba.

Antes de examinar la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP, es necesario hacer algunas consideraciones de carácter general en torno al empleo de las presunciones en materia penal y la inversión de la carga de la prueba.

El órgano jurisdiccional puede conocer un hecho de manera directa cuando la actividad probatoria lo tiene como objeto. También lo puede hacer de manera indirecta, entiéndase, cuando de la existencia de un hecho se deduce la de aquel que es precisamente el hecho que está siendo sometido a discusión en el proceso.[103] Esta-

[101] De manera expresa, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal señala: *"... se ha completado la regulación existente del comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividad delictiva cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de la organización criminal."* DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 9. Véase también RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 787.

[102] QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.,* p. 108.

[103] Entiende Álvarez Sánchez de Movellán que: *"...las presunciones pueden definirse como un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado (hecho indicio), se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho (hecho presunto), que es el supuesto fáctico de una norma, atendiendo el nexo lógico existente entre los dos hechos."* ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 10. Seone Spiegelberg indica: *"...las presunciones son un procedimiento lógico de determinación de los hechos relevantes para la decisión de un litigio, que partiendo de uno o varios hechos base, debidamente demostrados, y armónicamente combinados entre sí, nos permite dar por acreditado otro*

mos ante una operación intelectual basada en las máximas generales de la experiencia, que le señalan al juez o al legislador cuál es el modo normal en que suceden las cosas y los hechos.[104] Éste método es precisamente, el método presuntivo.[105]

Hay dos clases de presunciones, las judiciales y las legales. Cuando el juicio lógico que se mencionó atrás es realizado por el legislador y por ende, la presunción está recogida en la ley, estamos ante una presunción legal. Si ese juicio lógico tiene el origen de su formación en el órgano jurisdiccional, estaremos ante una presunción judicial. En tanto que en las primeras el hecho se considera cierto, sea definiti-

---

hecho distinto (hecho presumido), al apreciarse, a través de las máximas de experiencia, la conexión lógico racional entre ellos, según criterios de normalidad." SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007, pp. 357-358.

[104] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial.* Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970, p. 694.

[105] Las presunciones no son medios de prueba sino un método de razonamiento "*...por el cual partiendo de un hecho (llamado hecho base) se llega a un hecho nuevo (llamado hecho presunto) aplicando un nexo lógico o, en palabras de la STS de 24 de mayo de 2004... «la presunción se conforma en torno a tres datos o parámetros: la afirmación base —el hecho demostrado—; la afirmación presumida —el hecho que se trata de deducir—; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, estando constituido este criterio por las reglas de la sana crítica de las usadas para la valoración de otros medios de prueba».*" ABEL LLUCH, Xavier. "II. Nulidad de dictamen pericial acordada oralmente en el acto del juicio en primera instancia y posterior designación de nuevo perito judicial. Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 13 de abril de 2011, Ponente Excmo. D. Francisco Marín Castán." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7730, Sección Dossier Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio, 7 de noviembre de 2011, Año XXXII, p. 16. En igual sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* pp. 3 y 45. Debe agregarse que los conceptos de indicio y presunción varían según quien los exponga, pues p. ej., en tanto hay autores que los identifican, otros lo diferencian. Sobre esto, léase PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal.* Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995, pp. 153 y ss. Asimismo, en tanto algunos les consideran medio de prueba, otros le niegan esa condición. LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios.* Buenos Aires, Ediciones Depalma, pp. 30-40. Gorphe p. ej., considera que la diferencia es únicamente de puntos de vista sobre un mismo objeto: *"...uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (circunstancia); en fin, el otro, la relación lógica (presunción)."* GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía Editores, 1950, p. 249. Montañés Pardo habla del indicio como el hecho base de una presunción y la prueba indiciaria como la presunción formada en un proceso penal. MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.,* p. 105. Devis Echandía, tras criticar a quienes identifican los indicios y las presunciones judiciales, concluye que el indicio es el hecho conocido del cual se obtiene, a través de una operación lógica-crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquel otro hecho desconocido; la presunción judicial será el principio lógico, basado en las máximas de experiencias generales o en conocimientos especializados que suministra un perito, que le es útil al juzgador para determinar el valor probatorio del indicio o de cualquier otra prueba. *"El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla..."* DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.,* p. 613. En un sentido similar, Ortells Ramos habla de la presunción judicial como una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada y por tanto, ya valorada, o en los hechos formalmente fijados de otro modo (admisión, "ficta confessio"). Para él, no hay prueba de presunciones, sino uso del razonamiento presuncional en la sentencia, siempre que se den las condiciones para ello. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil.* Navarra, Editorial Aranzadi, 10° edición, 2010, p. 379. Entiendo que el indicio es el hecho base y la presunción es el razonamiento que parte de aquel. En igual sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN; *et ál., op. cit.,* p. 542. La prueba es previa al mecanismo de las presunciones y éstas actúan partiendo de los hechos reconstruidos mediante la prueba. También lo cree de esta forma DE LA OLIVA, SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Madrid, Civitas, 2001, p. 643.

vamente (presunciones *iuris et de iure*) o cierto mientras no haya prueba en contrario (presunciones *iuris tantum*), en las judiciales o también denominadas presunciones *hominis*,[106] el hecho se considera probable, a menos que las presunciones conduzcan a la certeza sobre el hecho, esto cuando encuentren apoyo en leyes físicas inmodificables, o se trate de varias presunciones deducidas de indicios graves, precisos y concordantes.[107]

El uso de las presunciones (en concreto, las judiciales), aunque común en ámbito penal no está regulado en la LECrim,[108] de ahí que rija lo dispuesto en la LEC, básicamente por dos razones. La primera, porque entre la prueba por indicios del proceso penal y las presunciones judiciales que contempla la legislación civil no hay distinción.[109] La segunda, porque según el art. 4 LEC, ésta tiene carácter supletorio en defecto de las normas procesales penales.[110]

El artículo 385 LEC señala que las *presunciones legales* dispensan de prueba del hecho presunto a la parte que este hecho favorezca; que solo son admisibles cuando se haya demostrado con certeza el hecho indicio del que parte la presunción; que cuando la ley contemple una presunción salvo prueba en contrario, esa prueba podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto, como a probar la inexistencia del vínculo entre el hecho probado y el hecho presunto y finalmente, que las presunciones legales admitirán prueba en contrario salvo que la ley lo prohíba expresamente.[111] Por su parte, el art. 386, que regula las *presunciones*

---

106 Sobre el tema, apunta Rocha Degreef: *"Las llamadas presunciones "hominis" (de hombres o simples) son las que el juez establece por el examen de los indicios según su ciencia y su conciencia, vale decir sin sujeción a ningún criterio legal ... son las consecuencias que el juez, según su prudencia o arbitrio, deduce de un hecho conocido para establecer uno desconocido por las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina... en general se admite que esa apreciación se hará de acuerdo con las reglas de la sana crítica."* ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones e indicios en el juicio penal.* Buenos Aires, Ediar, 1989, p. 116.

107 DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.,* p. 694.

108 PÉREZ-CRUZ MARTÍN; *et ál., op. cit.,* p. 541.

109 *"La prueba de indicios no es otra cosa que la transposición al proceso penal de lo que, en otros ámbitos jurisdiccionales se designa como fijación de los hechos a través de presunciones y, más concretamente, es un mecanismo de fijación de los hechos idéntico al de las presunciones judiciales..."* VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.* Madrid, La Ley, 1993, p. 141. De la página 141 a 155, este autor desacredita los argumentos de quienes se muestran en contra de reconocer la identidad existente entre la prueba por indicios propia del proceso penal y la fijación de hechos mediante presunciones judiciales del proceso civil.

110 "Artículo 4. Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley."
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE N° 7, 8 de enero de 2000.

111 "Artículo 385. Presunciones legales.
1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.
Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.
2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

judiciales, sostiene que a partir de un hecho admitido o probado el tribunal puede presumir la certeza de otro hecho si entre ambos hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Prevé también la obligación del tribunal de plasmar sus razonamientos en la sentencia y la admisión de prueba en contrario, tanto sobre la existencia del hecho presunto como sobre el vínculo entre el hecho probado o indicio y el hecho presunto.[112]

Ambas clases de presunciones comparten sus elementos: un hecho indicio, un nexo lógico y un hecho presunto.[113] *El indicio* es todo supuesto de hecho distinto del supuesto de hecho presunto, que es más fácilmente comprobable que éste, o que simplemente está comprobado.[114] El indicio o los indicios (la presunción se puede construir a partir de varios hechos base), deben estar completamente acreditados, lo anterior a través de los mecanismos normales de demostración probatoria.[115] Por su parte, *el hecho presunto* es el hecho consecuencia y tiene dos características, a saber, es un hecho controvertido o desconocido[116] y es distinto al indicio, pues se construye a partir de éste.[117]

Finalmente, *el vínculo lógico* es el nexo entre hecho base o indicio y hecho presunto. Verificado el primero, se puede afirmar que el segundo se ha verificado.[118] Esa afirmación será cierta o probable según sea la presunción legal o judicial.

Las presunciones judiciales son principios lógicos que se basan en las máximas de la experiencia y que permiten una adecuada valoración de la prueba. Entienden algunos, p. ej., Devis Echandía que por eso no son presunciones, sino reglas para el criterio del juzgador.[119] En este mismo orden de ideas apunta Gascón In-

---

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba."

[112] "Artículo 386. Presunciones judiciales.
1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.
La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.
2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior."

[113] ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* p. 377 y ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 11.

[114] ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* p. 378.

[115] SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.,* p. 359 y VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, op. cit.,* p. 140: *"No podrá considerarse probado, pues, un indicio, sino sobre la base de una actividad probatoria procesal, practicada con todas las garantías, de cuyo contenido objetivo resulte la certeza del hecho indicio y que, valorada de conformidad con las reglas de la experiencia y de la lógica conduzca al convencimiento del juzgador sobre la certeza del hecho indicio."*

[116] De difícil o imposible comprobación, o simplemente, no comprobado, según señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 29.

[117] SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.,* p. 361.

[118] ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* p. 378.

[119] DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.,* p. 694. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 20, señala que en las presunciones judiciales *"...las máximas de experiencia responderán a reglas de la sana crítica que no están contenidas en precepto legal alguno."* En igual sentido, Cobo del Rosal, Quintanar Díez y

chausti que las presunciones judiciales aluden *"…a la posibilidad de que el juez funde su convicción "en indicios" o en "hechos concretos"; y esto es tanto como dar cabida a las presunciones, pues su esencia consiste justamente en que el tribunal considere como cierto un hecho que no es objeto de prueba directa (el hecho presunto: en este caso, que un determinado bien tiene la consideración de producto del delito) por estar convencido de la certeza de otro hecho; o de otros hechos (el indicio o los indicios), con los que existe un enlace directo con arreglo a máximas de experiencia que gozan de un fundamento sólido."*[120]

Para que las presunciones judiciales puedan cumplir con su función procesal, el vínculo entre el o los indicios y el hecho presunto debe ser consecuencia del razonamiento del órgano jurisdiccional.[121] Hablamos de un razonamiento ajustado a las *reglas de la sana crítica,* que en palabras de López Barja de Quiroga, parte de hechos base perfectamente probados y de un enlace basado en una ley natural probada y acreditada. Este autor entiende que deben sopesarse otras alternativas y su exclusión requerirá una desacreditación fundada, con lo cual se excluyen las conjeturas.[122] La exigencia de la motivación de la sentencia es esencial en este caso,[123] pues solo de esta forma se puede garantizar el control sobre los razonamientos por los cuales el órgano jurisdiccional ha llegado a una determinada convicción.

Las presunciones legales como ya apunté atrás, parten de una premisa diferente. En tanto que en la prueba de indicios es el órgano jurisdiccional quien establece el vínculo entre los indicios y el hecho presunto, en las presunciones legales es la ley quien *ex ante* establece ese vínculo.[124] El legislador, en lugar de permitir que el juzgador valore los indicios, establece su valor. Para eso, fija un hecho diferente al hecho que se debe probar y entiende que, si concurre ese hecho, se debe tener por verificado el hecho a probar o hecho presunto. Como se desprende del artículo 385.1 LEC, en la presunción legal, el nexo lógico entre el hecho presunto y el hecho indicio es la consagración por parte del legislador de una máxima de experiencia que provoca un cambio en el objeto de la prueba, ya que éste deja de ser el hecho presunto y pasa a ser el hecho indicio.[125] El legislador atribuye a un hecho (el indicio), las consecuencias jurídicas que corresponden a otro, pues según la experiencia,

---

Zabala López-Gómez consideran que la prueba indiciaria es llamada impropiamente prueba de presunciones. Así, COBO DEL ROSAL; *et ál., Derecho Procesal Penal Español, op. cit.,* p. 538.

120 GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 86.

121 SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.,* p. 364.

122 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007, p. 1237.

123 Así lo prevé el artículo 386.1.II LEC.

124 Entiende Carnelutti que en las presunciones legales o *praesumptiones iuris,* la ley vincula la apreciación del juez por medio de sus reglas. Ese vínculo, añade*: "...può essere assoluto, nel senso che dalla presunzione il giudice debba dedurre in ogni modo un dato fatto, o relativo nel senso che lo debba dedurre solo in quanto non sia fornita la prova del contrario. Secondo questo criterio le presunzioni legali si distinguono in presunzioni legali relative (praesumptiones iuris tantum) e presunzioni legali assolute (praesumptiones iuris et de iure)."* CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile.* Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Tomo I. Funzione e composizione del proceso. 1936, p. 811. Véase también SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.,* p. 364.

125 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 30.

el primero es *índice* o *equivalente natural* del segundo.[126] Hay dos clases de presunciones legales. Las *iuris et de iure* o absolutas[127], que no admiten prueba en contrario y las *iuris tantum*, o relativas, que sí la consienten. Aunque al igual que en las primeras el legislador señala cuál es la consecuencia normal que se extrae de uno o varios hechos base, en las segundas se admite a las partes articular prueba en contrario.[128] Ahora, si bien *las iuris tantum* admiten esa prueba, como el nexo lógico entre indicio y hecho presunto está establecido legalmente, la parte beneficiada con él puede partir de su concurrencia.[129] Finalmente, la prueba en contrario debe *convencer plenamente* al órgano jurisdiccional de la falsedad del hecho presunto,[130] o del vínculo o nexo entre el hecho base y el hecho presunto.

El empleo de la prueba por indicios para destruir la presunción de inocencia es comúnmente admitida por la jurisprudencia tanto del TC[131] como del TS[132] y por la doctrina, siempre y cuando su aplicación se someta a ciertos cánones.[133] Entiendo que la misma debe aceptarse en el proceso penal, pues lo contrario nos llevaría a la nefasta conclusión de que se debe absolver en todos los casos en los que no exista prueba directa, a pesar de existir indicios que, examinados bajo los cánones de la sana crítica, puedan llevar al juzgador a concluir con un grado de certeza que el hecho criminal sucedió y que fue el imputado quien lo cometió.[134] Como apunta Climent Durán, las presunciones judiciales son imprescindibles para realizar la mayor parte de los razonamientos, para valorar la mayor parte de pruebas y extraer las

126 CARNELUTTI, *op. cit.,* p. 816.

127 Hay autores que considera que éstas no son verdaderas presunciones, pues entienden la prueba en contrario como un requisito de la auténtica presunción. Así, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 35.

128 SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.,* p. 364 y CARNELUTTI, *op. cit.,* p. 811.

129 SEOANE SPIEGELBERG, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones, op. cit.,* p. 367.

130 Así, ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 197.

131 SSTC 174/1985 de 17 de diciembre; 169/1986 de 22 de diciembre; 107/1989 de 8 de junio; 155/2002 de 22 de julio; 43/2003 de 3 de marzo; 135/2003 de 30 de junio; 61/2005 de 14 de marzo y 263/2005 de 24 de octubre; entre otras.

132 SSTS N° 543/2000 de 27 de marzo; 1184/2000 de 26 de junio; 762/2001 de 30 de abril; 1717/2001 de 27 de septiembre; 139/2009 de 24 de febrero; 1088/2009 de 26 de octubre y 569/2010 de 8 de junio; entre muchas otras.

133 Véase p. ej., PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad de acusado y presunción de inocencia.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 15; DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.,* pp. 614-615; ZARAGOZA AGUADO, Javier. "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1167 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria." En: *Diario La Ley.* Editorial La Ley, N° 7736, Sección Tribuna, 15 noviembre 2011, Año XXII, pp. 10-12. Cuestiona la admisión de la prueba por indicios LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal, op. cit.,* p. 1237. Para él debería reconocérsele solo un espacio muy reducido y únicamente cuando se cumplan varios requisitos. En igual sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Procesal Penal Español.* Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008, p. 723; LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale.* Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, pp. 166-167 y VILATA MENADAS, "Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002)." En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002, op. cit.,* p. 2239.

134 En igual sentido, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, op. cit.,* pp. 138-139.

consecuencias que de ahí procedan.[135] Lógicamente, por ser prueba indirecta, su empleo debe someterse a ciertas condiciones, p. ej., los indicios deben estar demostrados; deben estar sometidos a una verificación constante, tanto en su demostración como en su capacidad deductiva; deben ser plurales e independientes; deben ser concordantes de manera que converjan en la conclusión, misma que debe ser inmediata, con lo cual no se admite que al hecho consecuencia pueda llegarse mediante varias deducciones y finalmente, se requiere el que órgano jurisdiccional motive el proceso lógico que ha realizado.[136]

Corresponde ahora determinar si las presunciones judiciales y legales *iuris tantum* suponen una inversión en la carga de la prueba. La doctrina no tiene una posición unánime sobre este tema, que Rosenberg describe como una disputa de orden terminológico.[137] En tanto que para algunos no se da un traslado de la carga

---

135 CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* p. 581. Dice también Cobo del Rosal: *"En definitiva, cualquier decisión judicial conlleva la aplicación de presunciones, con un carácter más o menos explícito, y con una eficacia más o menos decisiva, y así sería incluso aunque se prohibiera expresamente la utilización de presunciones por parte de los jueces y tribunales."* COBO DEL ROSAL; *et ál., Derecho Procesal Penal Español, op. cit.,* p. 538.

136 En la STS 2029/2001 de 6 de noviembre, p. ej. (pues muchas sentencias los contienen) se señalan los siguientes requisitos:

"A) Los indicios han de estar plenamente acreditados;… Esto significa que debe constatarse si cada indicio o hecho base se afirma como cierto sobre una verdadera prueba objetiva de cargo…

B) Los indicios han de ser plurales…si bien excepcionalmente cabe que el indicio sea único pero de singular potencia acreditativa…

C) Han de ser los indicios concomitantes al dato fáctico a probar. Es decir: deben estar conectados o relacionados material y directamente con el hecho criminal y su agente. Esta Sala en tal sentido viene declarando que "resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba ha sido, tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de 'circum y stare', implica estar alrededor y esto supone ... no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella"…

D) Deben estar interrelacionados: "Derivadamente esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación"…

E) Es necesario que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de demostración existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" …

F) En el ámbito de lo formal es preciso que la Sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que se apoya el juicio de inferencia, y que explicite el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado…"

Por su parte, Montañés Pardo señala: *"El derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria… por lo que la prueba de indicios puede tener valor probatorio siempre que la misma cumpla con los requisitos exigidos por la jurisprudencia,… esto es, que los indicios estén plenamente probados y que entre los mismos y los hechos que se infieren exista, debidamente explicitado y motivado, un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional según las reglas del criterio humano."* MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.,* p. 110.

137 Señala Rosenberg: *"La presunción produce, pues, una modificación del tema de la prueba, y no de los principios relativos a la distribución de la carga respectiva. Por eso, efectivamente, se reduce a una mera disputa terminológica la cuestión de saber, si la presunción invierte la carga de la prueba y exime de ésta a quien está favorecido por la presunción, o si la presunción sólo alivia esa carga, puesto que en lugar del hecho presunto deben probarse los presupuestos de la presunción. Desde el punto de*

de la prueba, sino únicamente un cambio en los hechos a probar, para otros las presunciones determinan una inversión de la carga probatoria.

Para los primeros, la presunción, por mucho que reduzca los problemas probatorios de una de las partes al aligerar su peso, no es sinónimo de exoneración de la carga de la prueba (y su correspondiente inversión). La presunción hace más fácil la prueba, pero la carga sigue posicionándose en la misma parte.[138] Tan es así que si la parte que se favorece con la presunción no demuestra los hechos, la afectación la sufre ella misma y no la parte contraria. Esto es acorde con la regla según la cual la falta de fijación de un hecho como cierto perjudica a quien tiene la carga de probarlo.[139]

La inversión obliga al perjudicado a demostrar al órgano jurisdiccional que no han ocurrido los hechos que sostiene la parte beneficiada. En la presunción, la prueba del perjudicado se puede dirigir a demostrar que el hecho indicio, el hecho presunto o el vínculo entre ambos no se dan y esto, lógicamente, es más fácil que lo primero.[140] La regla que atribuye a la acusación la carga de la prueba no ha sido alterada (de hecho, no puede ser alterada), aunque sí los hechos concretos que deben ser probados.[141] Lo anterior, sin embargo, no excluye que una parte procesal tenga interés en ofrecer prueba para combatir la que ofrece su contrario. Este interés no puede considerarse una carga, o a lo sumo, podrá considerarse una carga natural, pero no jurídica.[142]

Para quienes acogen la segunda postura, la presunción además de facilitar la prueba al favorecido con la presunción, trastoca la posición probatoria que tenía la parte no favorecida, imponiéndole una carga que hasta entonces no tenía: *"…el hecho de tratar de probar lo contrario del hecho presunto es la sobrecarga probatoria surgida por efecto de la presunción judicial, y en esto radica la inversión probatoria: se*

---

vista del parte favorecida por la presunción es dable hablar de un alivio de la prueba… ya que en lugar de los presupuestos propios de la consecuencia jurídica, debe probar los presupuestos de la presunción; desde el punto de vista del adversario se preferirá hablar de una inversión de la prueba, pues tiene que probar lo contrario del hecho presunto. Sin embargo esta terminología no exterioriza divergencia alguna." ROSENBERG, *op. cit.,* p. 195.

138 *"Affinchè di presunzione iuris tantum veramente si tratti e non di inversione dell'onere della prova occorre che stia davanti al guidice un fatto diverso dal fatto da provare, che la legge stima collegato a quest'ultimo per guisa da far ritenere che dato il primo, ne consegua il secondo. Se questo diverso fatto no vi è, non si tratta tanto di presunzione relativa quanto di relevatio ab onere probandi… Deve dunque considerarsi come un errore sistematico quello di chi ritiene che le presunzioni legali vere e proprie costituiscano una inversione dell'onere della prova."* CARNELUTTI, *op. cit.,* pp. 819-820.

139 DE LA OLIVA, SANTOS, *et ál., op. cit.,* p. 646.

140 Con esta misma orientación ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo.* Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 110.

141 *"…aquello que de procesal tiene la carga de la prueba es inmutable, y no puede ser modificado ni por la voluntad de las partes, ni por la voluntad del Juez. Por el contrario, aquello que de material tiene la carga de la prueba, en principio, no existe violencia en su modificación."* ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 51.

142 DE LA OLIVA, SANTOS, *et ál., op. cit.,* p. 646.

ha de probar un hecho que, de no haber existido esa presunción judicial, no habría habido necesidad de probar."[143]

Expuesto lo anterior, me corresponde tomar postura. *Entiendo que la presunción traslada al imputado la carga de la prueba, en contrario, de los hechos presuntos*. Como reconoce la doctrina civilista, la presunción añade una carga que ordinariamente no existe, con el propósito de compensar el nexo que vincula el hecho presunto con el hecho indicio, nexo que no se basa en la certeza, sino solo en una *probabilidad cualificada* fundada en las máximas de experiencia.[144] Ahora, en tanto que en la presunción judicial la no demostración del hecho presunto no exime a la acusación de la tarea de demostrar los indicios y el vínculo existente entre estos y el hecho presunto, como tampoco exime al órgano jurisdiccional de su deber de fundamentar el iter lógico seguido para arribar a un juicio de certeza a través de pruebas indirectas (iter lógico que debe apegarse a las reglas de la sana crítica); en la presunción legal es el texto normativo quien convierte en certeza lo que en principio es solo un juicio de probabilidad cualificada. El juzgador debe tener por cierto un hecho presunto aun y cuando no haya podido formar su convicción en ese sentido.

La inversión de la carga de la prueba es una noción que provoca recelo entre los juristas[145] y no siempre con justificación, pues a diferencia de lo que sucede con la presunción legal (donde la demostración de un único hecho base conduce a la certeza de un hecho presunto, salvo que se articule prueba en contrario), en la presunción judicial se parte de la presencia demostrada también, de varios indicios que, analizados bajo ciertos cánones, son los que dan pie a un juicio de certeza. En este contexto, la inversión o siendo más precisos, el desplazamiento que se da en la carga de la prueba en cuanto al hecho presunto no tiene tanta trascendencia, pues incluso en caso de no articularse prueba en contrario, un pronunciamiento en contra del acusado sigue demandado la demostración del hecho base y el nexo entre éste y el hecho presunto. Sin dicha demostración, no operaría una sentencia desfavorable a sus intereses.

---

[143] CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* pp. 764-765. También Leguisamón, quien considera que las presunciones legales invierten la carga probatoria, no así las judiciales: *"... las presunciones simples o judiciales no influyen sobre la carga de la prueba, porque son principios de experiencia para valorar las pruebas y para determinar si un hecho se encuentra o no probado, sin que alteren en absoluto la aplicación de la regla ordinaria sobre la distribución de la carga; que las legales iuris tantum eliminan el hecho presumido del presupuesto fáctico para la producción de efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca, e imponen a la otra parte la carga de probar el hecho contrario o la inexistencia del primero; y que la iuris et de iure se limitan a regular el primer aspecto..."* LEGUISAMÓN, *op. cit.,* p. 42.

[144] DE LA OLIVA, SANTOS, *et ál., op. cit.,* pp. 647-648.

[145] ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 53.

4. b. Estudio de la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP.

Como se desprende del párrafo 2 del art. 127.1 CP, el patrimonio del condenado por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista, o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con sus ingresos legales, se presumirá procedente de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo (subyace la idea de que el condenado está vinculado con la organización o grupo criminal o terrorista, o sencillamente con el terrorismo). La desproporción entre el patrimonio y los ingresos legales va de la mano con la presunción antes expuesta, sin que sea necesario demostrar técnicamente (entiéndase, con el rigor que plantea el proceso penal), que el autor o partícipe intervino en hechos criminales que no son los concretamente enjuiciados y sometidos a condena, o que los bienes han tenido una relación directa (como efectos, instrumentos o ganancias) con esos hechos.

La regla probatoria antes descrita se articula solo en relación con la delincuencia organizada y el terrorismo. Los efectos, instrumentos y las ganancias de la criminalidad por llamarla de alguna manera, *ordinaria*, no están sometidos al comiso ampliado y en consecuencia, se mantiene el deber del quien realiza la acusación de demostrar que los bienes sobre los que pretende el comiso están relacionados con una determinada infracción (entiéndase, que son los efectos, instrumentos o ganancias de ésta).

1° Presunción *iuris tantum o iuris et de iure.*

Lo primero que hay que establecer es si es una *presunción iuris tantum* o *iuris et de iure.* Para Hava García es una presunción que debe considerarse *iuris tantum* si no se desean roces con la Constitución Política.[146] También son de esta opinión Sanz Díez de Ulzurrun Lluch;[147] Gascón Inchausti;[148] Vidales Rodríguez;[149] García Arán;[150]

[146] *"La ampliación del comiso... se vertebra en torno a una presunción, en cuya virtud se entenderá que el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el marco de la organización o grupo criminal, o por delito de terrorismo, proviene de la actividad delictiva siempre que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. Con el fin de evitar caer en una infracción de las garantías judiciales constitucionales, deberá interpretarse dicha presunción como iuris tantum, permitiendo por tanto la prueba en contra respecto del origen delictivo de los bienes."* HAVA GARCÍA, "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 161.

[147] SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. "La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado.* Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2008, p. 353.

[148] *"... es cierto que nada se dice en la norma acerca de la admisibilidad de la prueba en contrario, sino que ésta se sirve de un lacónico e inexpresivo -a estos efectos- "se entenderá"; pero ante la indefinición del texto legal resulta lógico decantarse por la interpretación más favorable al acusado, y ésta es la de*

Fernández Teruelo;[151] Jiménez-Villarejo Fernández;[152] Delgado López[153] y el Consejo Fiscal,[154] aunque estos cuatro últimos no dan las razones de ello. En sentido contrario hay quienes creen que se trata de una presunción *iuris et de iure.* P. ej., Aguado Correa[155] y Gallego Soler.[156] Desde mi óptica es una presunción *iuris tantum* por la sencilla razón de que el art. 385 LEC dice que las presunciones legales admiten prueba en contrario *salvo expresa disposición legal* y este no es el caso del artículo 127.1 párrafo 2 CP.[157]

2° Problemas constitucionales del comiso ampliado.

Algunos principios que encuentran fundamento en la CE e inspiran el ordenamiento jurídico penal y procesal penal, son puestos en entredicho con el comiso ampliado, en concreto con la decisión del legislador de incorporar una *presunción legal* para determinar el origen ilícito de los bienes.

---

entender que la presunción es ordinaria y iuris tantum." GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 97-98.

149 VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1996. Dice que estamos ante una presunción que admite prueba en contrario.

150 GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 967.

151 FERNÁNDEZ TERUELO, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 11 y FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 121.

152 JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 100.

153 DELGADO LÓPEZ, "El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas." En: CIMÁS GIMÉNEZ, *Manuales de formación continuada, op. cit.,* p. 304.

154 Informe del Consejo Fiscal, en DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 146. También se habla de una presunción *iuris tantum* en la Circular 4/2010, de la Fiscalía General del Estado, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, p. 18. Disponible en: http://www.fiscal.es.

155 AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 509.

156 GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* pp. 299-300.

157 *"Declara el artículo 385.3 que "Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohíba." Por tanto, y siempre con arreglo a la literalidad del precepto, en los supuestos de presunción legal habrá que partir de que por defecto, ésta deberá entenderse que es iuris tantum, en las cuales la ley tipifica cuál es la consecuencia normal y lógica que se deriva de la concurrencia de determinados hechos base, pero se permite a los litigantes articular prueba en contrario*." ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *op. cit.,* p. 35.

Presunción legal vs. Presunción de inocencia.

Como expuse en las líneas precedentes, las presunciones suponen una inversión de la carga de la prueba y el artículo 127.1 párrafo 2 CP no es la excepción. De hecho, la doctrina que ha analizado la figura del comiso ampliado coincide pacíficamente en este extremo.[158]

Las normas de la carga de la prueba indican a cuál parte le corresponde articular la prueba sobre los hechos controvertidos (*carga de la prueba en el sentido formal*), o a cuál le toca soportar los efectos desfavorables que se susciten cuando alguno de esos hechos no ha sido probado de forma suficiente (*carga de la prueba en sentido material*). Buena parte de la doctrina entiende, como consecuencia de la presunción de inocencia, que en el proceso penal no existe *carga de la prueba en sentido formal*. La carga de prueba ha sido desplazada sobre la parte acusadora, sin que se pueda pedir a la defensa que demuestre hechos negativos.[159] Inclusive, para

[158] Léase p. ej., CEREIJO SOTO, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 7; GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 967; FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 121; FERNÁNDEZ TERUELO, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 11; PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 72; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Lección 17. Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal." En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal.* Madrid, Iustel, Tomo I, 2010, p. 363 y CARNEVALI R., "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *RDP, op. cit.,* p. 117.

[159] La doctrina habla la *probatio diabólica* de los hechos negativos. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal.* Madrid, Colex, 2° edición, 2007, p. 110; COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Procesal Penal Español, op. cit.,* p. 724. En igual sentido, señala Bajo Fernández: "*Ya con anterioridad a la vigencia en nuestro Derecho de la Constitución de 1978, se venía sosteniendo que en el procedimiento penal no era posible operar con presunciones legales aunque admitiesen la prueba en contrario, porque implicaban una inversión de la carga de la prueba, cuando en el proceso criminal no se puede hablar legítimamente de la existencia de un onus probandi en sentido formal, dado el principio de investigación de oficio que rige en dicho proceso…"* Más adelante apunta: *"…la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos…"* BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.* Madrid, La Ley, Tomo 1, Doctrina, 1991, pp. 971 y 972, respectivamente. Léase también CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 35. Sobre este tema, apunta Silva Melero: *"… por la índole y la finalidad del proceso penal, los principios que informan la carga de la prueba en el civil carecen de aplicación. La distinción fundamental es que, mientras en el proceso civil, de un modo general y sin entrar en matices, la carga de la prueba se proyecta sobre las partes que tienen la disposición del contenido del proceso, aunque hoy este principio se haya limitado extraordinariamente en la doctrina, en el proceso penal los elementos dirigidos a descubrir la verdad son facili-*

los que creen que las reglas sobre la carga de la prueba son las mismas en cualquier rama del ordenamiento jurídico, la presunción de inocencia es el principio básico tratándose de la persecución de los delitos, con lo cual son los acusadores quienes tienen que probar la comisión del hecho y la autoría del imputado, o en sentido contrario, éste está exento de probar su propia inocencia, o su falta de culpabilidad.[160] Estos mismos argumentos hacen que la doctrina mayoritaria considere inadmisibles las presunciones legales en el Derecho penal.[161]

Lo antes expuesto, como adelanté, no es una postura unánime. P. ej., Gascón Inchausti no ve inconveniente en emplear presunciones legales en la materia penal. Con respecto al comiso, considera que las presunciones legales permiten superar los problemas que tiene la prueba directa sobre el origen ilícito de los bienes, ya que "*…cuando existe una presunción legal la parte que promueve el decomiso se puede limitar a probar los indicios para lograr que el tribunal fije como cierta la procedencia ilícita de los bienes en cuestión; como reflejo de ello, en la parte contraria nacerá la*

---

tados por las partes, pero también por la iniciativa del Juez… La misma acción penal no puede considerarse dirigida a provocar una acusación, sino precisamente la declaración de aquella verdad… la carga de la prueba gravita sobre el Ministerio público, el Juez instructor y el Tribunal… La persecución del delito interesa al Estado. Cuando el inculpado o la parte perjudicada han admitido la verdad de un hecho, el Juez no puede, por ello, declarar terminada la investigación, sino que debe proceder a todas las averiguaciones precisas para llegar a la conclusión de si tal afirmación responde a la verdad… Si la verdad no se descubre, la consecuencia es la absolución." SILVA MELERO, "Presunciones e indicios en el proceso penal." En: *RGLJ, op. cit.,* pp. 535-536.

[160] CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* pp. 705-706, 711; VILATA MENADAS, "Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002)." En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002, op. cit.,* p. 2238. Este autor hace eco de la STC 31/1981 de 28 de julio, que en lo que interesa, explica que debe existir un mínimo de actividad probatoria que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse la culpabilidad del imputado para que se desvirtúe la presunción de inocencia.

[161] LEONE, *op. cit.,* p. 162; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal.* Madrid, Colex, 3° edición, 1999, p. 87; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal, op. cit.,* p. 110. Para Cobo del Rosal, "*no existe ni debe existir en un Derecho penal avanzado prueba de presunciones de clase alguna. Y si algo debe quedar claro es lo siguiente: diga lo que diga la terminología judicial, una cosa es la presunción, inadmisible en un proceso penal de todo punto, y otra la prueba indiciaria. Cuando no existe una prueba plena y directa, pues, o se archiva o se absuelve o el enjuiciamiento criminal en sus exigencias de certeza establece ésta, merced a la clara y limpia deducción a partir de los indicios, pero nunca jamás a través del régimen de presunciones… en el Derecho penal la presunción no tiene cabida, únicamente la de inocencia… Esto ha de quedar muy claro desde ahora, y en Derecho penal material y en Derecho procesal penal… si las presunciones contra reum han sido erradicadas del Derecho penal material, también deberían serlo del proceso penal."* COBO DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Procesal Penal Español, op. cit.,* pp. 723-724. Vid. igualmente COBO DEL ROSAL; *et ál., Derecho Procesal Penal Español, op. cit.,* p. 539; DELGADO GARCÍA, Joaquín. "Prueba de indicios." En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 379; BAJO FERNÁNDEZ, "Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. op. cit.,* p. 971; CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* p. 593; PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* pp. 72 y 79; MORALES PRATS, Fermín. "Art. 305." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011, p. 485. En sentido contrario, ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 54; GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 93 y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL; *et ál., Curso de DPPG, op. cit.,* p. 979.

carga de la prueba en contrario…"[162] Para él, si la inversión de la carga de la prueba que se prevé en relación con el comiso fuese pura y dura, el acusado debería demostrar el origen lícito de todo su patrimonio, pues esa sola condición (la de acusado), lo colocaría en la situación de que todo su patrimonio puede ser decomisado. Precisamente para evitar lo anterior y por tanto, para demarcar el ámbito en que se empleará la inversión de la carga de la prueba, es que se acude a las presunciones. El acusado no está obligado a probar el origen lícito de todos sus bienes, sino solo el de aquellos en relación con los cuales se aplica una determinada presunción. Es ésta la que traslada al acusado la carga de la prueba en torno a ciertos temas, para evitar las consecuencias que se vinculan a la presunción. Una vez que se tienen por demostrados ciertos indicios sobre el origen ilícito de los bienes a decomisar, sea porque están contemplados en una presunción legal (es el caso del art. 127.1 párrafo 2 CP), o porque el propio órgano jurisdiccional lo concluyó de esa manera, recae en el acusado la obligación de romper el vínculo entre esos indicios y el hecho presunto, lo que solo se puede lograr a través de la prueba en sentido contrario, es decir, demostrando el origen lícito de los bienes.[163]

Examinados estos razonamientos, no los considero de recibo. Aunque en efecto, con el decomiso ampliado no se da una inversión de la carga de la prueba en el sentido más extenso (pues si fuese así el condenado debería *demostrar plenamente* que los bienes no proceden de actividades delictivas cometidas en el marco de la organización criminal o terrorista), es innegable que se da un desplazamiento del *onus probandi* en su perjuicio, si bien no sobre el hecho indicio (desproporción entre activos e ingresos), sí sobre el hecho presunto (a saber, el origen ilícito de los bienes). Aunado a esto, en la presunción legal la prueba en contrario (entiéndase, la que deberá ofrecer el condenado) debe conducir al órgano jurisdiccional *a un grado de certeza*,[164] repito, *de certeza y no de duda*, circunstancia que también confirma que el desplazamiento de la prueba efectivamente acontece.

Basándose en algunas resoluciones del TC que analizaré luego, hay quienes creen que esta figura jurídica no quebranta la presunción de inocencia, pues aunque de este principio se desprende que nadie puede ser declarado responsable de un

---

[162] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 88; GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 595.

[163] *"Debe reconocerse así que las presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba son sólo facetas de un mismo fenómeno: hacer referencia a la presunción supone poner el acento en la constatación por el legislador de que existe un nexo legal entre ciertos indicios y ciertos hechos presuntos, de modo que la prueba de los primeros debe ser suficiente para que el juzgador tenga por ciertos los segundos; aludir a la inversión de la carga de la prueba, por su parte, supone fijarse en las consecuencias de la existencia de una presunción legal sobre la dinámica de actuación de la acusación y en especial de la defensa en el marco del proceso."* GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 89-90; GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* pp. 595-597.

[164] ROSENBERG, *op. cit.* p. 197.

delito sin pruebas de cargo válidas, esas pruebas han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y el comiso no lo es.[165]

Tal postura no es pertinente, pues si bien el origen ilícito de los bienes no es un elemento constitutivo de la infracción penal concretamente enjuiciada, es un presupuesto para la imposición del comiso ampliado, medida que a su vez tiene una naturaleza sancionatoria, de ahí que esté sometida a los principios y garantías propias del ámbito penal y procesal penal.[166] Como señala Choclán Montalvo, la presunción debe abarcar también la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos de naturaleza sancionatoria (como lo es el comiso).[167]

---

165 *"...la presunción de inocencia despliega sus efectos y extiende su ámbito de aplicación en el proceso penal de manera intangible sobre la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo, mientras que el decomiso o confiscación de bienes es una consecuencia accesoria que se adopta una vez destruida aquella mediante un pronunciamiento penal..."* ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 56; ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 442. Con la misma orientación, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *RDP, op. cit.,* p. 100; SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, "La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: CUERDA RIEZU, *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado, op. cit.,* p. 354. Esta autora no apoya su postura en lo dispuesto por el TC. Simplemente señala que la presunción no afecta ni los elementos del delito, ni a la participación del culpable en los hechos, sino a la extensión de una consecuencia jurídica. Finalmente, la FGE señala: *"La incorporación de la presunción legal, plasmada en el inciso final del trascrito segundo párrafo del apartado primero del art. 127 CP no afecta en si misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia. En realidad se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra el; sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado."* FGE, Circular 4/2010, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal,* p. 18. Esta también parece ser la posición de Bujosa Vadell, que en relación con la DM 2005/212/JAI señala: "*A primera vista la mencionada presunción del origen ilegal de los bienes parece frontalmente contraria a la presunción de inocencia y por tanto muy difícilmente ponderable con ella. Pero es importante fijarnos en un importante detalle: la presunción del origen ilegal de los bienes no se establece a efectos de fundamentar la condena penal, sino sólo a los efectos de delimitar los bienes objeto de decomiso. La presunción de inocencia se habrá desvirtuado a través de la mínima actividad probatoria de cargo y obtenida con todas las garantías. Es a efectos de determinar la consecuencia accesoria cuanto juega la presunción del origen ilegal y a efectos exclusivamente patrimoniales, o más precisamente, de confiscación de parte del patrimonio del ya condenado."* BUJOSA VADELL, Lorenzo. "El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006." En: *Revista General de Derecho Europeo*, iustel.com, N° 13, mayo de 2007, p. 3.

166 En igual sentido, PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 74 y GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 94. A pesar de estar de acuerdo con el comiso ampliado, este autor reconoce que la figura jurídica está sometida a las garantías del proceso penal.

167 CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 343 y CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 35.

A mayor abundamiento, el comiso ampliado no alcanza los bienes que proceden del concreto hecho enjuiciado (si ese fuese el caso, se aplicaría el comiso ordinario), sino bienes que *legalmente se presume* son efectos, instrumentos y ganancias de *otras* actividades criminales que no han sido sometidas a juicio, que también *legamente se presume* se desarrollan en el marco de la criminalidad organizada o el terrorismo. No hablamos entonces de una disposición que nos indica cómo articular el comiso de los bienes relacionados *directamente* con la infracción enjuiciada, sino de una disposición que llega al extremo de señalar que en cualquier caso donde el condenado no ofrezca prueba para demostrar el origen lícito de su patrimonio, se presumirá que éste proviene de conductas criminales que no han sido sometidas a debate y menos aun acreditadas.

Gascón Inchausti sostiene que el hecho de que la presunción legal haga más fácil la labor a la acusación y cause desventajas a la defensa (pues la primera no tendrá que esforzarse para probar un extremo muy complejo como es la vinculación entre el delito y los bienes que provienen de él, bastándole con probar el indicio), no es razón suficiente para negar su uso en materia penal, pues sucede lo mismo con la prueba por indicios, ya que tanto en uno como en otro caso sigue siendo necesario que el tribunal esté convencido de la certeza del hecho presunto: *"…la presunción no convierte las convicciones en meras probabilidades, sino que integra una vía distinta para que el tribunal forme su convicción acerca de una cuestión fáctica."*[168] Para este autor lo negativo de atribuir ventajas a la acusación (objetivo que se busca con las presunciones legales), se contrarresta con la seguridad jurídica que genera y que beneficia a la defensa, ya que en comparación con la prueba por indicios, donde el tribunal puede construir la sentencia sobre una presunción basada en indicios no debatidos en el proceso, en este caso el acusado conoce de antemano cuáles son los indicios que podrán emplearse en su contra, de modo que puede desde el inicio del proceso, orientarse a desactivarlos. Incluso, al existir una presunción legal, se puede afirmar que no hay otra vía válida para que el tribunal se convenza del hecho presunto aparte de la prueba sobre los indicios legalmente tipificados.[169]

Nuevamente, no comparto la posición de Gascón Inchausti. Como consecuencia de la presunción de inocencia se da un desplazamiento de la prueba hacia la parte acusadora, ya que será ésta quien deba probar todos los elementos que integran su pretensión[170] (y dentro de los cuales figura el comiso de los bienes). Aunque toda presunción supone un cambio en esa regla (lo que *prima facie*, nos llevaría a cuestionarnos su legitimidad constitucional), hay una enorme diferencia entre las presunciones judiciales y las legales. En las últimas la acusación no tiene la obligación de demostrar el vínculo entre el indicio (la desproporción entre patrimonio e ingresos del condenado) y el hecho presunto (a saber, que los bienes constituyen

---

168 GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 601.

169 GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 95. Vid. también GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 601-602.

170 Así se expresa MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.*, p. 81.

efectos, instrumentos o ganancias de delitos provenientes de actividades delictivas cometidas en el marco de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo), con lo cual se prescinde de la necesidad de que el órgano jurisdiccional llegue a un juicio de certeza sobre la existencia de ese vínculo. En la presunción legal no es indispensable que el juzgador llegue a la convicción (entiéndase, a la certeza) sobre ese extremo, como sí sucede con las presunciones judiciales y por tanto, si el imputado no puede articular prueba para demostrar que el origen de los bienes es legítimo, o como plantean algunos autores, no puede introducir la duda en cuanto a ese tema,[171] el órgano jurisdiccional *debe* considerar cierto (y no probable) la concurrencia del hecho presunto.

Reconozco que ante las presunciones legales la defensa debe asumir un papel activo, similar al que desarrollaría en relación con las presunciones judiciales, pues los indicios tienen la capacidad de acabar con la presunción de inocencia. Sin embargo, mientras que en las presunciones legales ante la no articulación de prueba por parte de la defensa el legislador debe dar por cierto el nexo o vínculo entre el indicio y el hecho presunto, en las presunciones judiciales no, pues esa ausencia probatoria no exime en modo alguno a quien realiza la acusación de su deber de demostrar el hecho base y el vínculo entre éste y el hecho presunto.

Cree Gascón Inchausti que no se quebranta la presunción de inocencia pues la acusación debe demostrar la procedencia ilícita de los bienes a través de la acreditación de los indicios que dispuso el legislador.[172] A mi modo de ver lo que debe demostrar la acusación (de hecho, lo único que debe demostrar), es un solo indicio, que como he venido indicando, genera un estado de probabilidad cualificada y es el legislador quien ha dispuesto que el mismo se considere suficiente para que se tenga como cierto el hecho presunto, entiéndase, la procedencia ilícita ya mencionada. Asimismo, la llamada seguridad que se atribuye a la presunción legal (en el sentido de que el imputado sabe cuáles son los indicios que se emplearán en su contra y de que la concurrencia del indicio definido legalmente es la única vía para tener por demostrado el hecho presunto que autoriza el comiso ampliado), no legitima su empleo en el ámbito penal, básicamente por dos razones. La primera, porque este razonamiento nos lleva al concluir que si se demuestra sin necesidad de la presunción, o en otras palabras, mediante prueba directa, que el patrimonio del condenado procede de actividades criminales cometidas en el marco de la delincuencia or-

[171] Algunos autores entienden que tratándose de las presunciones legales, basta con que el acusado haga dudar al juzgador. Hugo Rocha Degreef, p. ej., cree que en el ámbito penal las presunciones contra el acusado nunca deben ser absolutas, de ahí que siempre pueda ofrecer prueba. Además, no está obligado a destruir completamente la presunción de ley, sino solo a suscitar dudas para que no quepa condenar: ROCHA DEGREEF, *op. cit.,* pp. 121-122. En igual sentido y ya en relación con el comiso ampliado, señala Pérez Cebadera que el imputado con su explicación, debe crear en el juzgador un estado de duda razonable que le impida acordar el comiso de los bienes. PÉREZ CEBADERA*, op. cit.,* p. 76. Finalmente, para Caty Vidales, bastará con el que el imputado haga dudar del origen de los bienes. VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1996. No comparto sus afirmaciones, pues, aunque loables, no se ajustan a lo que en buena técnica, es una presunción legal.

[172] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 97.

ganizada o el terrorismo, su comiso no sería procedente, pues solo a través del indicio definido legalmente (la desproporción), puede acreditarse dicha circunstancia. La segunda, porque en la prueba por indicios, la concurrencia de estos, el nexo lógico y el hecho presunto deben someterse a discusión desde el inicio mismo del proceso, de manera que no se den sorpresas que afecten el ejercicio de la defensa.[173] Si no fuese así, no tendría sentido que la normativa que regula el tema contemple la articulación de prueba en contrario.

En resumen, la presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP es contraria a la presunción de inocencia, pues aunque la acusación sigue teniendo sobre sus hombros la obligación de demostrar el hecho base, al tener como *cierto* el nexo entre el hecho base y el hecho presunto, se traslada al imputado la carga de demostrar la no concurrencia de ese vínculo, o del hecho presunto, lo que precisamente busca evitar el artículo 24.2 CE. En lugar de que la acusación demuestre que concurren los presupuestos necesarios para la imposición del comiso, a saber, la comisión de *otras* actividades criminales (entiéndase, que no son la concretamente enjuiciada), la intervención del imputado en esas actividades y el vínculo de los bienes con las mismas, la presunción legal examinada impone al condenado probar el origen de su patrimonio y relaja por completo las exigencias probatorias en relación con las actividades criminales de las que, se supone, proceden los bienes que serán decomisados, así como con respecto a la autoría o participación del acusado en esos hechos, lo que también constituye un quebranto al *in dubio pro reo*. En ese sentido, recordemos que si la acusación no puede demostrar, sea a través de prueba directa o indirecta, que los bienes proceden o se relacionan con un delito (lo que constituye el presupuesto fáctico para el comiso ampliado), a la luz de este principio lo que correspondería es el no decreto del comiso. Aunado a esto, el *in dubio pro reo* se ve puesto en entredicho[174] desde que se niega al órgano jurisdiccional, a través de una presunción legal, la posibilidad de no decretar el comiso cuando del examen de la prueba evacuada no se desprenda un juicio de certeza en cuanto a la concurrencia de su presupuesto, es decir, cuando tenga dudas sobre la procedencia ilícita de los activos a decomisar.

---

[173] Esta opinión es también la de Pastor Alcoy, para quien las inferencias sorpresivas en la sentencia no son procedentes. *"En la mayoría de ocasiones los hechos indiciarios aparecen como tales desde el inicio de la investigación. Así, la defensa podrá articular los correspondientes medios probatorios bien para demostrar la inexistencia del hecho-base o bien para explicar satisfactoriamente lo sucedido mediante pruebas o contra-indicios de los que puede desprenderse que los indicios no resultan en realidad incriminatorios... también ocurre que los hechos que el juez considera en la sentencia condenatoria como indicios incriminadores, no se han presentado como tales en juicio, de forma tal que la defensa no ha tenido la posibilidad de desbaratarlos ni contradecir los juicios inferenciales sorpresivos introducidos en la sentencia. La prueba indirecta debe estar rodeada de unas garantías exquisitas. Resulta inadmisible que planee inadvertidamente por el proceso para materializarse de forma incriminadoramente sorpresiva en la sentencia..."* PASTOR ALCOY, *op. cit.,* p. 161.

[174] Según Jescheck-Weigend, en Alemania el comiso ampliado viola el principio *in dubio pro reo* pues supone un descenso de las exigencias probatorias en torno a la comisión por el condenado del hecho de procedencia, así como del origen en este último del objeto de la confiscación ampliada de los beneficios. No sucede lo mismo con la presunción de inocencia, pues ésta no expresa nada sobre el alcance de la prueba con que esa presunción pueda ser desvirtuada. JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, pp. 856-857.

Debe agregarse que ninguna de las conclusiones antes expuestas varía si se considera que el comiso no tiene una naturaleza penal, sino p. ej., civil, ya que en esta rama del ordenamiento jurídico se parte de la misma premisa: el accionante es quien debe aportar la prueba de los hechos que integran su pretensión y si no lo hace, o lo hace de manera indebida o insuficiente, el juzgador debe reputar los hechos no probados, denegando su pretensión.[175]

Finalmente, agregar que hay resoluciones del TS sobre la presunción de inocencia y en las cuales se niega la inversión de la carga de la prueba en materia de comiso, señalando que es la acusación la que debe demostrar que los bienes tienen un origen ilegal y no el imputado el que deba probar lo contrario: la legalidad de su patrimonio.[176]

Presunción legal vs. Libre valoración de la prueba.

La exclusión de las presunciones legales del ámbito penal (o al menos, de las presunciones contra reo), es reconocida por buena parte de la doctrina. Una de las razones de esa exclusión obedece a que tales presunciones son opuestas al libre convencimiento del juez.[177]

Las presunciones en general, tienen legitimación como técnica normativa pues tienen como punto de partida máximas de experiencia contrastadas. Esto no obstante, no significa que la máxima de experiencia pueda llevarnos *per se* a un juicio de certeza. Nicolás Framarino, al examinar el tema de las presunciones y los indicios, partió de la distinción de dos conceptos elementales, a saber, *lo constante* y *lo*

175 CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* p. 699. Comparte esta opinión Choclán Montalvo. Según él, como regla de principio en esta rama del ordenamiento jurídico es el actor quien debe probar el dominio sobre el bien y que quien lo posee carece de título. Así sucede, p. ej., tratándose de la acción reivindicatoria. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 343-344.

176 *"En efecto, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998 expresó que: «el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal... debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio». No existe prueba directa de tal procedencia, sino una inferencia contra reo. La jurisprudencia exige una relación directa con la actividad ilícita enjuiciada (STS 31/2003, de 16 de enero), de modo que si no se determina claramente en la sentencia, falta un requisito imprescindible para la aplicación de los artículos 127 y 374 citados por el recurrente, la afirmación expresa de que el dinero ocupado eran ganancias procedentes de la venta de drogas (STS 1528/2002, de 20 de septiembre), pues, en todo caso, debe constar la procedencia del delito y no pertenencia a un tercero, como condiciones para acordarse el decomiso (STS 235/2001, de 20 de febrero)."* STS 1040/2005 de 20 de septiembre.

177 CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* pp. 593-594; SILVA MELERO, "Presunciones e indicios en el proceso penal." En: *RGLJ, op. cit.,* pp. 536-537. Este último autor refiriéndose al proceso penal señala: *"... resulta inoperante cualquier disposición en torno a las presunciones jurídicas de carácter relativo (iuris tantum), que dispensan de prueba a los favorecidos por ellas... Excluidas del proceso penal, salvo alguna excepción, las presunciones jurídicas, tanto las absolutas como las relativas, por ser opuestas al libre convencimiento del juez..."*

ordinario en el modo de obrar de la naturaleza. Entendió que lo *constante* es lo que se presenta como verdadero en *todos los casos* particulares comprendidos en las especies y lo *ordinario*, lo que se presenta como verdadero en el *mayor número de casos* comprendidos en la especie. Del *constante* modo de ser y obrar de la especie se deducen consecuencias *ciertas* en cuanto al individuo, es decir, lo constante en la especie es ley de certeza para el individuo. Del *ordinario* modo de ser y obrar de la especie se deducen consecuencias *probables* en cuanto al individuo, con lo cual lo ordinario en la especie es ley de probabilidad para el individuo.[178] Framarino señaló que las presunciones parten de la idea de lo que es *ordinario* en la especie, o sea, la adherencia de un atributo o característica a un sujeto en el mayor número de casos,[179] no en todos, con lo cual de su aplicación lo que se puede obtener es un grado de *probabilidad y no de certeza*. Ahora bien, aunque tratándose de la prueba por indicios se da la misma situación, pues no puede hablarse *prima facie* de certeza, ésta puede adquirirse cuando se respetan sus requisitos y exigencias, p. ej., que los indicios estén plenamente acreditados, que sean varios, etcétera,[180] situación que no cabe en la presunción legal, pues el legislador ha dispuesto que el hecho presunto se tenga por cierto una vez que concurra el indicio, sustituyendo la valoración del órgano jurisdiccional.

En materia penal la certeza criminal debe ser sustancial, no formal. La presunción legal es incompatible, a mi modo de ver, con la búsqueda de esa verdad material, con la búsqueda de certeza como único sustento válido de un juicio de culpabilidad, pues por un lado, por sí misma solo permite arribar a un juicio de probabilidad cualificada (ya que no puede asegurarse que en *todos* los casos suceda lo que en la presunción se prevé) y por otro, porque cierra la puerta al juez para que

---

178 FRAMARINO DEI MALATESTA, *op. cit.,* pp. 234-235.

179 *"No partimos, como queda dicho, de la idea de lo constante en la especie respecto de todos sus individuos, sino de lo ordinario; y lo ordinario de la presunción es la adherencia de un atributo a un sujeto en el mayor número de los casos, en las especies comprendidos, no en todos: por esto mismo la ordinaria adherencia de un predicado a los individuos de una especie se resuelve en la probable adherencia del predicado a uno en particular. Hay siempre identidad, puesto que todo ser comprende en su totalidad sus atributos, lo cual determina entre éstos y el ser la relación de identidad parcial; pero esta identidad efectiva se presenta a nuestro espíritu, no como identidad efectiva en el individuo, sino en la especie: en el individuo tal identidad se ofrece solo como probable. El predicado aquel no lo percibimos, pues, en sí, en el individuo al cual lo referimos, sino en el mayor número de los individuos de la especie, por lo que lo atribuimos como probable a un individuo dado, o lo que es igual, lo presumimos en él... Como la presunción tiene su móvil, no en la idea de lo constante, sino en la de lo ordinario, síguese que la presunción es un argumento probatorio de simple probabilidad, no de certeza. Comúnmente las presunciones se dividen en simples y legales: simples son aquellas que se dejan, en cuanto a la determinación de su valor probatorio, a la apreciación del juez, y legales, aquellas a las cuales atribuye la ley un valor probatorio dado. Mas para nosotros, que nos hemos declarado contra todas las pruebas legales, esta distinción no tiene valor científico; en nuestro sentir, las presunciones legales son irracionales: en lo criminal no cabe hablar más que de las simples."* FRAMARINO DEI MALATESTA, *ibídem,* pp. 247-248. En un sentido similar, Climent Durán señala que *"El principio de normalidad, fundamento de las presunciones abstractas, asentado en una idea de probabilidad, se ha convertido en certeza moral tras sufrir la depuración referenciada, de la misma manera que los restantes medios probatorios también experimentan una adecuada depuración sobre su fiabilidad."* La depuración que menciona consiste en que los hechos básicos en que se asientan las presunciones concretas han sido probados, así como que la conexión racional existente entre los hechos básicos y el hecho consecuencia ha sido objeto de análisis crítico a través de contrapruebas y verificaciones judiciales. CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* pp. 618-619.

180 MONTAÑÉS PARDO, *op. cit.,* pp. 106-107.

valore la prueba conforme con las reglas de la sana crítica. En su lugar, le vincula al *iter* lógico seguido por el legislador, lo que es claramente un error, ya que puede suceder que a pesar de la concurrencia del indicio, por las particularidades del caso concreto, el órgano jurisdiccional no alcance un grado de verosimilitud tan elevado que deje sin dudas a cualquier hombre razonable.[181]

Acorde con lo anterior, el sistema de valoración de pruebas que rige en el proceso penal español, según se ha interpretado el art. 741 LECrim,[182] cierra la puerta a que el poder de convicción de cada prueba pueda estar jerarquizado o predeterminado. Por este mismo motivo no se puede señalar como regla de principio que la prueba directa tenga mayor valor que la indiciaria, o que algunos indicios tengan mayor valor que otros. El sistema probatorio que rige en materia penal es el de libre valoración de la prueba, según el cual la valoración de la prueba debe hacerse con arreglo a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica.[183] La norma señala que el juzgador debe valorar la prueba según su conciencia (frase que aunque poco afortunada), se ha entendido como sinónimo de motivación racional que pueda ser controlada por otro tribunal.[184] Aunque en principio, no hay impedimento para que la legislación tenga hechos por supuestos, la libertad del convencimiento del órgano jurisdiccional no puede ser regulada previamente y la presunción legal limita precisamente esa libertad.[185]

Una cosa es admitir que el origen de los bienes se puede demostrar a través de prueba indiciaria y otra, muy distinta, es que ese origen se pueda derivar de un único indicio que solamente genera un grado de *probabilidad cualificada*, negándole al órgano jurisdiccional la libertad de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y a través de las cuales, bien podría concluir que a pesar de existir una desproporción entre activos e ingresos legales, no se puede demostrar *con certeza* que los bienes se originan o relacionan con la comisión de delitos; o que siendo así, proceden de delitos que no guardan relación con la actividad desplegada en el marco de la delincuencia organizada o el terrorismo. En estos casos, como señala Vidales Rodríguez, las dudas deberían disiparse a favor del reo.[186]

---

181 De esta forma habla Nieva Fenoll de la completa convicción del juez. NIEVA FENOLL, *op. cit.,* p. 85.

182 STC N° 263/2005 de 24 de octubre.

183 PÉREZ-CRUZ MARTÍN; *et ál., op. cit.,* p. 608.

184 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal, op. cit.,* pp. 130-131.

185 FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali.* Varese, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 3° Edizione, 1961, p. 251.

186 *"Sin desconocer que en la mayor parte de los casos los bienes del condenado tendrán el origen delictivo que se le supone, y admitiendo asimismo que los hechos constatados constituyen poderosos indicios, no creo que puedan descartarse otros supuestos en los que los bienes tengan una procedencia ilegal o que, incluso siendo delictiva, no guarde relación alguna con esa manifestación de la delincuencia. En tales hipótesis, esto es, cuando no pueda constatarse la vinculación entre el bien y el crimen organizado las dudas, según entiendo, deberán disiparse a favor del reo; incluso como digo, aunque existan fundadas sospechas, de que procede de la realización de un hecho delictivo, siempre que éste sea ajeno a la organización criminal."* VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1995.

Curiosamente (y digo curiosamente porque como he demostrado, la presunción legal vincula al órgano jurisdiccional), Gascón Inchausti reconoce que el único problema que puede existir con el comiso ampliado es que el tribunal esté vinculado por la presunción legal, es decir, que ésta sea de carácter forzoso. Voy a exponer brevemente su postura. Para él, es necesario que el legislador articule las presunciones de manera que se faculte al órgano jurisdiccional a desvincularse de ellas. Por tanto, la clave estará en la forma en que el legislador introduzca la presunción legal al proceso penal, en la correcta selección de los indicios (uno o varios, según se requiera) y en la solidez de las máximas de experiencia, que deben ser fiables, estables y contrastadas, de manera que se justifique el vínculo entre el hecho presunto y los indicios tipificados. Entiende este autor que se requieren presunciones vinculadas a ámbitos delictivos concretos y basadas en elementos socio-culturales que estén ligados a las coordenadas tiempo y espacio. Por eso descarta las presunciones de carácter muy general, pues podrían provocar la inconstitucionalidad de la norma que la contiene. Igualmente, cree que frente a la presunción legal el imputado tiene dos vías de actuación. La primera, acudir a la prueba en contrario a la que se le debe aplicar el principio *in dubio pro reo*, con lo cual si hay dudas sobre la justificación del origen del patrimonio que ofrece el acusado, el tribunal debe resolver a su favor y no disponer el comiso. La segunda, cuestionar en el caso concreto el vínculo entre el indicio y el hecho presunto en que se asienta la presunción, o en otras palabras, demostrar que la máxima de experiencia en su caso no opera, lo que también se podrá considerar como prueba en contrario. El tribunal por su parte, debe estar facultado para desvincularse de la presunción cuando considere que su aplicación no cabe en el caso concreto, lo que es igual a admitir que el tribunal también puede atender de oficio la segunda modalidad de prueba en contrario que se mencionó atrás.[187] En un sentido similar, Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch cree que esta presunción legal supondría el recurso a la prueba de indicios.[188]

Desde mi óptica la tesis de Gascón Inchausti no es correcta, pues una vez demostrado el hecho base y ante la ausencia de prueba en sentido contrario (en cuanto al hecho presunto, o el nexo entre éste y los indicios, prueba que debe articular el condenado), *el tribunal solo puede tener por cierto el hecho presunto*. Salvo que se haya suministrado una prueba en contrario, el juez *no tiene ni motivo ni oportunidad para hacer uso de la libre apreciación de la prueba*.[189] Ésta es precisamente la clave de las presunciones legales. Rosenberg aclara que en la presunción legal no es el juez quien de los indicios extrae la conclusión con respecto a la concurrencia del hecho presunto, sino que es la ley la que lo presume, haciendo innecesaria la práctica de prueba en cuanto al hecho presunto.[190] En tanto que en la presunción legal

[187] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 95-97 y GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* pp. 602-603.

[188] SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, "La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: CUERDA RIEZU, *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado, op. cit.,* p. 353.

[189] ROSENBERG, *op. cit.* p. 198.

[190] "*No es el juez quien de los hechos iniciales extrae la conclusión respecto del hecho presunto sino que lo ha hecho la ley; no el juez sino la ley presume el hecho. No se trata de la comprobación de he-*

solo basta con demostrar el hecho indicio, en la judicial quien tiene la carga de la prueba debe demostrar tanto éste como el vínculo con el hecho presunto, lo que supone la articulación de prueba sobre las máximas de la experiencia en que se base dicho nexo. Esto porque en la presunción judicial los indicios no están tipificados y en consecuencia, no se puede examinar *ex ante* si la máxima de experiencia en la que se basa la presunción es válida. Ésta es la esencia del sistema de libre valoración de la prueba, conocido en otras latitudes como libre convicción o sana crítica racional. Como señala Cafferata Nores, este último supone la posibilidad de que el juez logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia convicccional de la prueba con total libertad, pero respetando los principios de la recta razón, entiéndase, las normas de la lógica, los principios incontrastables de las ciencias y la experiencia común. Asimismo, se impone al juez la motivación de sus decisiones, de manera que exponga las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las conclusiones a las que llegó y los elementos de prueba que empleó para alcanzarlas.[191]

Como si los problemas que acarrea el empleo de una presunción legal no fuesen suficientes, véase que en la legislación española la aplicación del comiso ampliado tiene *carácter preceptivo*. A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones (p. ej., la de Reino Unido), en España el juzgador no puede negarse a aplicar la presunción, lo que le puede llevar a ordenar el comiso a pesar de las dudas que pueda tener en cuanto al origen de los bienes.

En suma, *de lege ferenda* es necesario prescindir de la presunción legal. En su lugar, el hecho base que contempla el art. 127.1 párrafo 2 CP se debe considerar un indicio más, que se articula en relación con un presunción judicial. El comiso ampliado requerirá que el órgano jurisdiccional tenga por demostrado, *con certeza*, que los bienes se relacionan con una actividad delictiva previa a la enjuiciada. Solo cuando exista esa certeza podrá disponer el comiso.

Comiso ampliado, derecho a guardar silencio y a no declarar en contra de sí mismo.

Hay autores que creen que el comiso ampliado lesiona el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (derechos que su vez son parte del derecho de defensa), toda vez que si el acusado no articula prueba sobre la desproporción que hay entre sus activos y sus ingresos legales, su silencio corroboraría que sus activos proceden de una actividad delictiva relacionada con la delincuencia organizada; o supondría reconocer la comisión de otros delitos que ni siquiera se acu-

chos sino de la aplicación del derecho, cuando el juez en virtud de la presunción legal toma en consideración el hecho presunto. El juez basa en él su sentencia, no porque se trata de un hecho probado sino, precisamente, lo hace sin prueba; la presunción hace superfluas la prueba y la verificación del hecho presunto." ROSENBERG, *ibídem,* p. 197.

[191] CAFFERATA NORES, *op. cit.,* pp. 46-47.

san.[192] Otro problema se genera con la posibilidad de demostrar la procedencia lícita de parte de los bienes, pues supondría asumir que el resto tiene origen delictivo.[193] No menos complicado es pensar en la hipótesis en la que los bienes, a pesar de proceder de la comisión de un delito, proceden de uno que no tiene relación con la delincuencia organizada o el terrorismo. Según Vidales Rodríguez, la presunción legal coloca al imputado en la difícil situación de justificarse y reconocer la comisión de un delito, o de resignarse a perder su patrimonio.[194]

De otra opinión, Gascón Inchausti cree que el comiso ampliado no afecta el derecho a declarar contra sí mismo pues no es la actividad mediante la que demuestra el origen de ciertos bienes lo que permite extraer el origen ilícito de otros, sino directamente el hecho de no acreditar el origen de los segundos. Es decir, el que realice actividad probatoria en contrario no le aporta un plus incriminatorio que afecte su actividad defensiva.[195] A mi modo de ver la tesis de Gascón Inchausti sería admisible si nos encontrásemos antes una presunción judicial, pues el silencio del imputado, o la versión que rinda sobre los hechos, no exime a la acusación de la tarea de demostrar la concurrencia de los indicios y el nexo entre estos y el hecho presunto. Sin embargo, tratándose de una presunción legal, la no articulación de prueba en contrario por parte del condenado es sinónimo de concurrencia -con grado de certeza- del hecho presunto y por tanto se quebranta su derecho a guardar silencio. En otras palabras, su decisión de no declarar es sinónimo de que no se ha desvirtuado el indicio legal que pesa en su contra y la consecuente inferencia que realiza el órgano jurisdiccional a partir de él.

El TEDH ha entendido que en la noción de juicio justo contenida en el art. 6.1 de la CEDH descansan el derecho a guardar silencio y el derecho a no auto incriminarse. El último presupone que *"…las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la «persona acusada». Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida por parte de las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y a asegurar los fines del artículo 6.1…"*[196] Este mismo Tribunal, que considera necesario ser prudente al valorar el silencio del acusado en su contra y cuestiona las condenas basadas sola o esencialmente en la negativa a responder a preguntas o a declarar, también concluyó que se podía tomar en cuenta ese silencio en si-

[192] Cortés Bechiarelli cree que la norma coloca al condenado en el deber de autodenunciar la comisión de otras infracciones, o de relatar los beneficios obtenidos de la economía sumergida no ilícita penalmente. CORTÉS BECHIARELLI, "El comiso", En: JUANES PECES, *Reforma del Código Penal, op. cit.,* p. 96.

[193] VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* pp. 1997-1998.

[194] VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), ibídem,* p. 1998.

[195] GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* p. 97. Sobre el silencio del imputado véase PASTOR ALCOY, *op. cit.,* p. 74. Éste entiende que el silencio del imputado no es un indicio incriminador, sin embargo, no permite llegar a una inferencia distinta a la incriminadora.

[196] Caso J. B. contra Suiza, sentencia de 3 de mayo de 2001. TEDH 2001\322. Con una orientación similar, Caso Quinn contra Irlanda. Sentencia de 21 de diciembre de 2000. TEDH 2000\169.

tuaciones que requiriesen una explicación por parte del imputado, para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo. En consecuencia, será el examen de las circunstancias del caso concreto, en particular la trascendencia que los tribunales le concedan a esa decisión del acusado y el grado de coacción inherente a la situación, lo que permitirá determinar si se ha infringido el art. 6 del Convenio.[197]

Ante este panorama, cabe preguntarse si el comiso ampliado, tal y como está estructurado en la legislación penal española, constituye una medida de presión de tal índole que puede quebrantar la voluntad del imputado, imponiéndole la obligación de declarar. Estimo que la respuesta es afirmativa, ya que si no da cuenta del origen de sus bienes (lo que incluso lo puede colocar en la disyuntiva de tener que reconocer que ha cometido hechos criminales al margen de la criminalidad organizada o el terrorismo), se arriesga al comiso de su patrimonio. La medida, por tanto, es el resultado directo de su decisión de no articular prueba en contrario (uso la expresión *resultado directo* pues repito, por ser una presunción legal, una vez demostrado el hecho base, se presume el nexo lógico entre éste y el hecho presunto). Situación distinta sería si estuviésemos ante una presunción judicial. Tratándose de la prueba por indicios, la certeza no vendría impuesta por el legislador y la acusación no estaría exenta de demostrar los presupuestos del comiso. En este contexto podría respetarse el derecho del imputado a guardar silencio, incluso con mayores garantías que las planteadas por el mismo TEDH, toda vez que la imposición del comiso se produciría tras la acreditación de sus presupuestos, con independencia de la decisión del acusado de no declarar, o bien de procurar alguna otra prueba a su favor. Quiero aclarar que no pretendo demeritar la posición del TEDH en cuanto a este tema, ya que entiendo que en un sistema de libre valoración de pruebas es plausible que el órgano jurisdiccional extraiga conclusiones de esa abstención del imputado en ciertas circunstancias, p. ej., cuando a éste le es sumamente fácil articular prueba en sentido contrario y se concluye con apego al más elemental sentido común, que no lo hace porque carece de respuesta para los hechos que se le atribuyen. Como señala Pérez Cebadera, no es que si el acusado no ofrece contraindicios o prueba que acredite el origen lícito de los bienes, o guarda silencio, pueda estimarse que estemos un indicio de culpabilidad, sino que simplemente deja incólumes los indicios que demuestran que los bienes tienen un origen ilícito.[198]

Finalmente, repetir que si bien en cualquier presunción legal la prueba en contrario sobre el hecho presunto debe conducir al juzgador a la convicción (certeza) de que ese hecho no existió, algunos autores que han examinado la presunción contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP se conforman con que el imputado genere una duda, una situación de incertidumbre, en el órgano jurisdiccional sobre el origen de los bienes.[199] Esta interpretación, a mi modo de ver, pone en evidencia lo impro-

[197] Sobre el tema, léanse las siguientes sentencias: Caso Condron contra Reino Unido. Sentencia de 2 de mayo de 2000. TEDH 2000\129; Caso John Murray contra Reino Unido. Sentencia de 8 de febrero de 1996. TEDH 1996\7; Caso Krumpholz contra Austria. Sentencia de 18 de marzo de 2010. TEDH 2010\52.

[198] PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 76.

[199] V.g., GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.,* pp. 95-97; GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de*

cedente que resulta articular presunciones legales en el ámbito penal y procesal penal, pues hay que desnaturalizarlas para que con su aplicación, no se quebranten los principios constitucionales más básicos.

A modo de conclusión, entiendo que de *lege ferenda*, se debe suprimir la presunción legal examinada. De esta forma, la decisión del imputado de no declarar, o de no articular prueba en contrario no le acarreará consecuencias negativas. Si decide declarar y articular prueba, ésta deberá valorarse como cualquier otra, capaz o no de crear un estado de certeza o de duda -según sea para lo que se ofrezca-, en cuanto al origen de los bienes.

Presunción legal vs. Principio acusatorio.

El art. 127.1 párrafo 2 CP vulnera el principio acusatorio pues se presume la comisión de múltiples hechos punibles (la norma habla de *actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo*), que no han sido ni serán concretados en los mismos términos que el hecho que motivó la condena[200] (véase que no han sido acusados ni demostrados), de ahí que el acusado no podrá defenderse. Ante este problema de difícil solución -salvo que se suprima el comiso ampliado-, de *lege ferenda* debería exigirse que esas actividades delictivas sean como mínimo de la misma clase o similares a las enjuiciadas.

Para algunos, el uso del término *deberá* en el art. 127.1 párrafo 2 CP también demuestra que el comiso ampliado es ajeno al principio acusatorio y que podrá acordarse de oficio.[201] Aunque cabe esa interpretación, entiendo que no es correcta, básicamente por dos motivos. El comiso ordinario, previsto en el art. 127.1 CP igualmente es de carácter preceptivo y a pesar de esto se acepta pacíficamente[202] que su imposición está sometida a los principios de contradicción y acusatorio. La segunda razón: estos dos principios que acabo de mencionar tienen fundamento constitu-

Derecho Procesal, op. cit., p. 603; PÉREZ CEBADERA*, op. cit.,* p. 76 y VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1996.

[200] De esta opinión, aunque refiriéndose a la legislación alemana, JESCHECK; WEIGEND, *Tratado de DPPG, op. cit.*, p. 857.

[201] GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* pp. 299-300.

[202] Sobre la aplicación al comiso, como categoría general, de los principios que informan el sistema penal, véase SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 844. Prats Canut y Morán Mora señalan que la transformación del comiso en consecuencia accesoria no supone la derogación de los principios de legalidad y acusatorio, pues estos principios son informadores del sistema punitivo, tanto material como rituario. Incluso, ni cuando el comiso era pena, dichos principios eran específicos de esa figura. PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 648.

cional y por tanto, la interpretación del art. 127.1 párrafo 2 CP (que tiene rango de Ley Orgánica), debe ceñirse a los mismos.

3° El acuerdo de la Sala de lo Penal del TS, de fecha 5 de octubre de 1998 y su relación con el comiso ampliado.

Nunca han sido extrañas las investigaciones policiales en materia de narcotráfico que culminan con el decomiso de importantes cantidades de droga que al no haber sido puestas en el comercio, no han generado un beneficio económico para el imputado que también se pudiese decomisar. Por lo anterior y por la dificultad que hay para establecer un ligamen concreto entre la ganancia y *la parte de secuencia de la actividad total de tráfico que se proyecta en el delito enjuiciado,*[203] el Tribunal Supremo, en la Junta realizada el día 5 de octubre de 1998, sometió a examen la interpretación de los arts. 48 y 344 bis e) del CP de 1973 (arts. 127 y 374.1 del CP vigente). Para el Magistrado ponente, el comiso de bienes debía circunscribirse únicamente a los efectos derivados del delito enjuiciado y no al resto de bienes que tuviese el imputado, incluso aunque se sospechase que procedían de acciones vinculadas con el narcotráfico. Para otros Magistrados, la medida podía comprender bienes no relacionados con la concreta operación enjuiciada, siempre que se demostrase que tenían el mismo origen ilícito, haciendo alusión a la presencia de indicios que pudiesen llevar al órgano juzgador a la convicción de que también se trataba de ganancias derivadas del tráfico de drogas.[204] Así las cosas, el Pleno de la Sala Penal adoptó por mayoría una interpretación más amplia, dirigida a avalar el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado. Reza el acuerdo: «*Único: Interpretación de los arts. 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión: El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio*».

Con esta interpretación el patrimonio del delincuente dejó de estar protegido. Según ha señalado la jurisprudencia del TS que ha hecho eco del citado acuerdo,[205] una vez que ha recaído una condena por una operación frustrada en sus expectativas económicas, el comiso podrá decretarse contra los bienes que posee el

[203] CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* p. 77.

[204] Se citaron 4 indicios que permiten vincular el patrimonio con otras operaciones de tráfico de drogas, a saber: Intervención de una persona enjuiciada en una operación importante de tráfico de drogas; ocupación de dinero en una cantidad desproporcionada a sus medios legales de vida; anomalía en la tenencia de dicha cantidad de dinero por ser inusual en los usos modernos, p. ej., tener en metálico grandes cantidades en la casa y falta de explicación razonable de la procedencia lícito de dicho dinero. Así, GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para la unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2002.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2° edición, 2003, pp. 253-254.

[205] P. ej., las SSTS N° 1030/2003 de 15 de julio y N° 450/2007 de 30 de mayo.

condenado con anterioridad al acto enjuiciado, cuando concurran dos condiciones: 1. Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas (o de cualquier otro delito); 2. Que se respete el principio acusatorio.[206]

La procedencia de los bienes debe demostrarse con certeza, lo anterior a través de prueba indirecta y sin que sea necesario que se demuestre cada uno de los actos criminales que da origen a los bienes.[207] Bastará entonces con que se demuestre la actividad criminal en términos genéricos.[208] Esa demostración puede equiparse con la que se realiza en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente y puede basarse en los siguientes indicios:

"*a) que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad, por la que por fin fue condenado; a tal efecto, pueden servir declaraciones policiales que atestigüen los contactos, reuniones, movimientos o en general cualquier acto que, aunque en su momento sólo constituyera una sospecha racional, con el descubrimiento de la operación enjuiciada, adquieren nueva virtualidad y fuerza; las intervenciones telefónicas o los registros domiciliarios a menudo suministran datos de anteriores operaciones a la enjuiciada y sin embargo no descubierta, pero que precisamente por eso sí generaron una ganancia incorporada al patrimonio del delincuente.*

b) Que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante el período de tiempo en el que el condenado se venía dedicando, en los términos antes dichos, a la actividad delictiva en cuestión.

c) Que el bien o patrimonio a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido.

d) Que en la financiación, administración o disfrute del bien concurran circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como por ejemplo el recurso a mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de bienes o capitales, transferencias financieras con el extranjero (más aún si la operación se realiza con paraísos fiscales), excesivos movimientos en dinero metálico, disposición de divisas, etc. Probados estos extremos y puestos en relación unos con otros, entendemos que resultará acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no

[206] En igual sentido, ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 52 y ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 418.

[207] Aguado Correa indica que para proceder al comiso de las ganancias se debe demostrar que proceden de la comisión del delito de que se trata y esto se debe hacer descansar, según el TS, en la existencia de prueba y en una valoración racional de la misma, aunque con carácter general bastará con que conste la inexistencia de otros medios de vida o de otros ingresos lícitos por parte del acusado para que pueda explicar la procedencia del dinero. AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 504.

[208] PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 73. Para Blanco Cordero, si existe prueba directa de la procedencia de los bienes (concurso de delitos) ya no se aplicará el comiso ampliado, sino el comiso común. BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 96.

proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito."[209]

La segunda exigencia es el respeto del principio acusatorio, con lo cual quien formula la acusación es el que debe demandar el comiso sobre esos bienes que no se relacionan directamente con el hecho enjuiciado, individualizando o especificando los bienes cuyo comiso pide. Asimismo, es necesario que la imposición de la medida se someta al principio de contradicción.[210]

Ese acuerdo del TS, que en lo medular, abre la puerta a un comiso más amplio,[211] recibió respaldo legal a través de la introducción de un segundo párrafo en el art. 127.1 CP. Como apunta Aguado Correa, no solo en relación con delitos vinculados con tráfico de drogas, sino con respecto a cualquier delito cometido en el marco de una organización o grupo criminal y no solo sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores, sino también sobre los efectos, bienes e instrumentos.[212] Entiendo que además con respecto a actividades delictivas que pueden no tener un vínculo con la concretamente enjuiciada, lo que es aún más delicado.

Luis Rueda García cree que el hecho de que los órganos jurisdiccionales aplicasen el acuerdo del TS pacíficamente es un motivo para considerar constitucional el ahora art. 127.1 párrafo 2 CP.[213] No comparto esta conclusión, pues el acuerdo del Tribunal Supremo (que sin lugar a dudas supuso una extensión en el ámbito de lo decomisable tratándose de delitos relacionados con el tráfico de drogas), antes de la introducción del comiso ampliado en el art. 127.1 párrafo 2 CP *carecía de fundamento legal*.[214] Aunque se llegase a demostrar que los bienes procedían de la misma actividad criminal (el tráfico de drogas), el comiso *ordinario* estaba diseñado (y sigue estándolo), para alcanzar los efectos, instrumentos y ganancias de la *concreta*

---

[209] ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 32. Vid también ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* pp. 418-419. Hay muchas resoluciones del TS donde se acepta una demostración en términos genéricos del delito determinante en materia de blanqueo de capitales. V.g., SSTS N° 1842/1999 de 28 de diciembre; 157/2003 de 5 de febrero; 198/2003 de 10 de febrero; 1595/2003 de 29 de noviembre; 33/2005 de 19 de enero; 1142/2005 de 20 de septiembre; 392/2006 de 6 de abril y 1012/2006 de 19 de octubre, entre muchas otras.

[210] BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* p. 97. La aplicación de los principios acusatorio y de contradicción en relación con cualquier forma de comiso es reclamada por autores como Octavio de Toledo y Ubieto. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "El comiso." En: *Diario La Ley, op. cit*., pp. 2-3.

[211] Consideran dicho acuerdo la consagración del comiso ampliado PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 73 y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 1361.

[212] AGUADO CORREA, "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 504.

[213] RUEDA GARCÍA, "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.,* p. 228.

[214] VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1994. Según ella, hablamos de una creación jurisprudencial carente de cobertura legal.

actividad criminal que es sometida a juicio y no de otras, sean o no de la misma clase. Esta conclusión tampoco varía si se considera que la normativa supranacional hablaba de una extensión del comiso como la apuntada, pues antes de la incorporación de esas ideas a través del párrafo 2 del artículo 127.1 CP, no había una disposición que avalase dicho proceder. En suma, el acuerdo del TS, aunque loable, no deja de ser una invención jurisprudencial que no tenía sustento legal alguno, o no lo tenía hasta que se introdujo el comiso ampliado en el art. 127.1 párrafo 2 CP.

Del mismo modo, el breve argumento que expuso el TC para legitimar el citado acuerdo del TS es cuestionable. Veámoslo. El TC, en las sentencias N° 219 y 220, ambas del año 2006, señaló que el comiso no guarda relación con el principio de presunción de inocencia, ya que éste supone que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas válidas en relación con los elementos esenciales del delito. Una vez constada la culpabilidad del acusado y en lo que aquí interesa, en la aplicación de las consecuencias accesorias, ese derecho deja de estar en juego.[215] Como he venido manifestando, la presunción de inocencia también debe aplicarse en relación con los presupuestos que justifican la imposición de cualquier medida de naturaleza penal. Si bien no se trata de un elemento del delito, el comiso es una medida restrictiva de derechos, de claro contenido punitivo (al menos tal y como está regulado en la legislación española), de ahí que no está exenta de los derechos y garantías que revisten el proceso penal. Además, aunque en ambos casos se aplicó el acuerdo del TS al que he hecho referencia, el TC no hizo mayores consideraciones en relación con él, limitándose a señalar que los órganos jurisdiccionales concluyeron de manera motivada y con fundamento en derecho (me pregunto yo cuál derecho, pues el art. 127 CP solo contemplaba en aquel entonces el comiso de bienes relacionados con el delito enjuiciado), que los bienes, si bien no procedían de los hechos delictivos juzgados, lo eran de la misma actividad delictiva desarrollada previamente.

Aunado a lo anterior, el alcance del acuerdo del TS es mínimo en comparación con los alcances que el legislador atribuyó al comiso ampliado, pues en éste se desvinculan por completo los bienes y la actividad delictiva de la que se presume proceden y que puede ser o no de la misma clase que la enjuiciada. A diferencia de lo que sucedía con el acuerdo del TS, donde el comiso de las ganancias procedentes del narcotráfico se podía extender a las ganancias provenientes de operaciones anteriores de la misma naturaleza que aquella que está sometida a juicio, siempre que se demostrara ese origen (demostración en la que los indicios tenían y tienen un lugar medular), en el comiso ampliado la condena por ciertos delitos (los cometidos al amparo de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo), es lo que permite concluir que todos los bienes del condenado cuyo valor sea desproporcional a sus ingresos legales (o mejor dicho, en relación con los cuales no pueda demostrar su origen lícito), proceden de una actividad delictiva que no queda demostrada ni siquiera de forma genérica; que se presume es realizada por el

[215] SSTC N° 219/2006 y 220/2006, ambas de 3 julio.

condenado y que se presume es cometida en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo.[216]

5. Comiso ampliado y otros tipos penales que contemplan el fenómeno de las organizaciones y grupos criminales.

El tratamiento del fenómeno de la criminalidad organizada en la legislación penal española se da a través de dos mecanismos principales. El primero, la creación de tipos penales que sancionan el vínculo (p. ej., la mera pertenencia) a las organizaciones o grupos criminales, sin que se requiera otro comportamiento distinto a ese. Este es el caso de los arts. 570 bis o 570 ter CP. La segunda, la constitución de causales de agravación de la pena previstas ante la presencia de colectivos organizados. Así sucede p. ej., con la trata de seres humanos (art. 177 bis. 6); la prostitución y corrupción de menores (arts. 187. 4; 188. 4 b) y 189. 3 e); del descubrimiento y revelación de secretos (art. 197. 8); los delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4), daños (art. 264. 3. 1); el blanqueo de capitales (art. 302. 1); el tráfico de drogas (arts. 369. 1. 2°, 369 bis, 370. 2 y 371. 2); los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social (arts. 305. 1. b y 307. 1. b respectivamente) y los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 271. c y 276. c, respectivamente).

Nótese que muchos de esos tipos penales, que son previos a la LO 5/2010 de 22 de junio, usan expresiones que no necesariamente coinciden con las planteadas en los artículos 570 bis o 570 ter. P. ej., en los artículos 189.3. e), 271.c) y el 177 bis. 6) se alude a la *organización o asociación incluso de carácter transitorio*. Con una mejor sistemática, otros tipos penales hablan de las organizaciones o grupos criminales (v.g., el art. 197.8 habla de ambos fenómenos, o el art. 264.3.1 CP solamente contempla la organización criminal). En cualquier caso, el concurso que se pueda producir con la comisión de estos delitos y los previstos en los arts. 570 bis o 570 ter es intrascendente a efectos de la aplicación del comiso ampliado, pues de conformidad con el artículo 127.1 párrafo 2 CP, éste solamente procederá cuando haya un condenado por las conductas previstas en los numerales 570 bis (organizaciones criminales); 570 ter (grupos criminales); 571 (organizaciones y grupos terroristas) y 572 a 580 (delitos de terrorismo). Recordemos que el art. 127.1 párrafo 2 CP habla de condenados por *delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo,* con lo cual lo primero que se debe demostrar es la existencia de una organización o grupo criminal o terrorista, o bien de un delito

[216] Entiende, creo que con acierto, Vidales Rodríguez que una cosa es admitir que el origen ilícito de los bienes se pueda presumir mediante indicios y otra muy diferente es *"que la condena por un delito concreto permita inferir que todos los bienes del condenado respecto de los que no pueda demostrarse su lícita obtención son producto de una actividad delictiva que, de un lado, queda sin demostrar, ni siquiera sea de modo genérico; y, de otro, se presume llevada a cabo en el seno de una organización criminal. Y esto es, precisamente, lo que acontece en relación con la facultad ampliada del decomiso que se comenta."* VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1995.

de terrorismo. Dicho en otras palabras, la configuración de cualquiera de los delitos mencionados (570 bis; 570 ter; 571 y 572 a 580 CP) son el punto de partida del comiso ampliado. Una vez que se cumple con este requisito, la imposición de la medida es procedente, siendo irrelevante si además se configura otro tipo penal que contemple el fenómeno de la delincuencia organizada (p. ej., un tráfico de drogas realizado por quienes pertenecen a una organización delictiva, artículo 369 bis CP), o cualquier otro delito en el que no se prevea esa circunstancia. V.g., se condena a A por dirigir una organización criminal dedicada a la comisión de homicidios por encargo y por cometer un homicidio en particular. Para el homicidio el legislador no contempló el tema de la delincuencia organizada, ni como elemento del tipo penal, ni como circunstancia agravante. Esto no impedirá que se aplique el comiso ampliado, pues como ya vimos, también se ha condenado a A por la conducta descrita en el artículo 570 bis CP.

No menos problemática es la relación que se establece entre los tipos cualificados y los delitos contemplados en los artículos 570 bis o ter CP. No se puede hablar de un concurso de delitos, pues la pertenencia a la organización no se puede contemplar de forma doble toda vez que se quebrantaría el *non bis in ídem*. Tampoco parece lógico prescindir de las cualificaciones especiales, pues sería desconocer el principio de vigencia. Lo que autores como García Albero sugieren, es considerar que los tipos cualificados son ley especial frente al régimen general que suponen el artículo 570 bis o ter,[217] solución que a mi modo de ver no está exenta de polémica. La definición de grupo criminal y organización criminal ha sido dada legislativamente, con lo cual entiendo que solo configurándose la misma (y no los tipos penales cualificados), se podrá proceder al comiso ampliado. Por otra parte, hay quienes estiman que entre los agravantes y los tipos penales de organización y grupo criminal no hay una relación de especialidad, subsidiariedad y consunción, sino que son preceptos que contemplan el mismo hecho. De este problema era consciente el legislador y para arreglarlo, decidió incluir como regla general una disposición que está hecha para solucionar (excepcionalmente) una errónea coordinación entre normas penales.[218] Incluyó en el artículo 570 *quater* apartado 2 párrafo segundo lo siguiente: *"En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8".* En esa regla número 4, se prevé la aplicación del precepto que contempla la pena más grave tratándose de hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código, ello en defecto de las otras reglas que contiene el art. 8 (especialidad, subsidiariedad, consunción).[219] Creo que

[217] En este sentido, véase GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 1712; así como la Circular 1/2002 de 19 de febrero de la Fiscalía General del Estado, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*. En ella se sigue esta tesis para resolver el problema concursal suscitado entre los arts. 318 bis 5 y 515 CP. Disponible en: http://www.fiscal.es.

[218] CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 655.

[219] "Artículo 8.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

este desajuste solo podrá solucionarse derogando las cualificaciones que contienen los tipos penales en relación con las organizaciones y grupos criminales, de manera que el concurso de delitos sea viable en estos casos y en consecuencia, el comiso ampliado también lo sea.

Mención aparte requiere el tipo penal de la asociación ilícita. El art. 515.1 CP considera punibles las asociaciones ilícitas *"que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada."*

La norma contempla dos hipótesis: *La asociación ilícita inicial*, que se crea con el propósito de cometer y promover la comisión de delitos o faltas de forma organizada, coordinada y reiterada y *la sobrevenida*, que habiéndose constituido válidamente, luego asume dichos fines. En ambos casos, son asociaciones que tienen una finalidad ilegítima. Lógicamente el cumplimiento de las formas no garantiza la legitimidad de los fines perseguidos, de ahí que lo importante no es si la agrupación se constituyó conforme a las normas jurídicas; si en sus orígenes tenía objetivos lícitos, o si al menos guardó la apariencia de tenerlos. Lo relevante es si la asociación *en la realidad* persigue alguno de los fines que contempla el art. 515 CP.[220]

La jurisprudencia española ha sido clara al señalar que la asociación para que sea delictiva, debe presentar las siguientes características: *"…a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1º inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita*

2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor."

Para Serrano Gómez y Serrano Maíllo, en el art. 570 quater 2 CP, el legislador resolvió el conflicto aplicando el 8.4 CP, es decir, castigando por el precepto penal más grave. SERRANO GÓMEZ, SERRANO MAÍLLO, *op. cit.,* p. 1073. Muñoz Conde también cree que la relación entre los delitos de asociación ilícita y el de organizaciones y grupos criminales o terroristas, así como cuando se haya cometido un delito que prevea una cualificación específica por pertenencia a una organización se debe resolver por la regla de la alternatividad: MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* 18° edición, 2010, p. 911. Entiendo que tal interpretación no es correcta, pues el 8.4 alude expresamente a los tres primeros apartados del art. 8 CP y aclara que la regla en él contenida (aplicación del tipo penal más grave) solo se aplicará en defecto de las demás.

[220] Lo importante son los objetivos reales y no los nominales: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia: Tirant lo Blanch, 17° edición revisada y puesta al día, 2009, p. 779; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* 18° edición, 2010, p. 849 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal.* Barcelona: Editorial Bosch, 1978, p. 245.

actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar…"[221]

Organización y permanencia[222] son los elementos básicos de la asociación contemplada en el tipo penal de la asociación ilícita. Estas características suponen la existencia de una organización cuya complejidad será la necesaria para la consecución del programa delictivo. Con esto se abre la puerta a organizaciones que aunque rudimentarias o informales, son suficientes o idóneas[223] para la búsqueda de los objetivos trazados.

Tratándose de la finalidad, lo determinante es el objetivo que persiga la asociación y no cada uno de sus miembros: *"… la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen han de ser independientes y autónomas respecto de cada uno de los individuos que la constituyen, todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porqué ser ilícito. Ahora bien, ha de quedar claro que esa finalidad, que cuando es ilícita supone la conculcación del Código, ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos."*[224]

---

[221] STS N° 234/2001 de 3 de mayo. En la misma línea, se encuentran las SSTS N° 1/1997 de 28 de octubre y 415/2005 de 23 de marzo. Estabilidad, existencia de un fin propio de la asociación, distribución de funciones entre los miembros y jerarquización, son los requisitos que Quintero Olivares le atribuye a la asociación ilícita con base en los señalados en la sentencia N° 1/1997 de 28 de octubre citada antes. QUINTERO OLIVARES, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita." En: FERRÉ OLIVÉ; ANARTE BORRALLO, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, op. cit.,* p.184.

[222] MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; DÍAZ CORTÉS, Lina (Col.). *Derecho Penal. Parte Especial.* Salamanca: CISE-Universidad de Salamanca, 3° edición, 2008, p. 411. Estos autores hablan de asociación ilícita como aquella que posea organización (estructura) y permanencia.

[223] Según García-Pablos de Molina, *"Patalano advierte,…, que la doctrina incurre en un falso planteamiento metodológico al tratar de trasplantar al Derecho Penal las concepciones civilistas, en lugar de interpretar el concepto de asociación o el de organización en función y a la luz de los respectivos tipos penales, sin apriorismos, objeción que estimo bien fundada. Este autor prefiere referirse a la necesidad de una "organización idónea", requisito que se apreciaría caso a caso, considerando la complejidad del programa criminal, el número de miembros de la asociación y la naturaleza del vínculo existente entre éstos. A su juicio, si la organización carece de la debida "idoneidad", no puede hablarse de "asociación" y quiebra el presupuesto de este delito, por más que las personas que integraran aquella hubieran ejecutado concretos hechos criminales… El concepto de organización es un concepto funcional, ligado necesariamente a las circunstancias del caso concreto, y sin más limitaciones que el de su propia idoneidad."* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal, op. cit.,* pp. 227-228 y 236. Aunque la legislación comentada por el autor es diversa a la vigente hoy en día, buena parte de sus ideas siguen siendo plenamente válidas.

[224] STS N° 1/1997 de 28 de octubre. Es de la misma opinión SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. "Artículo 515." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1792. Al respecto, apunta García-Pablos de Molina, *"… los propios móviles o intenciones son irrelevantes. La finalidad de delinquir, por ejemplo, es finalidad de la asociación, es "objeto social", no propósito o meta de los socios. Afiliarse "para" delinquir, con el objeto de delinquir, y hacerlo a una asociación que no tiene por objeto cometer delitos, es un comportamiento "atípico": a pesar del "animus" del socio. Sin embargo: favorecer a una asociación de fines criminales, es una conducta típica, aunque se lleve a cabo sin propósito de cometer delitos. Lo que la ley describe y prohíbe son*

Como se extrae de lo anterior, las notas características de la asociación son precisamente las que se destacan en el recién creado art. 570 bis CP, de ahí que el art. 515.1 CP debió suprimirse.[225] No siendo así, surgen las dudas en cuanto al ámbito de aplicación de una y otra norma,[226] lo que no es intrascendente pues el comiso ampliado requiere que se configure el delito de organización o grupo criminal o terrorista. Dar una interpretación extensiva al párrafo 2 del art. 127.1 CP, e incluir en él los casos en los que la condena sobrevenga por el delito de asociación ilícita quebrantaría el principio de legalidad penal, lo anterior incluso a pesar de que el art. 515.1 CP también se puede aplicar al fenómeno criminológico de la delincuencia organizada (de hecho, así se hizo durante muchos años).

En suma, la introducción de los nuevos tipos penales obliga a redefinir los límites del ámbito de aplicación del numeral 515.1 CP. Para algunos autores, el tipo penal de la asociación ilícita deberá reservarse para punir aquellos casos en que la asociación se ha constituido formalmente, lo que no sucede en las organizaciones criminales.[227] Creo que dicha solución es insatisfactoria, pues en primer término el art. 515.1 CP contempla dos formas asociativas, una de las cuales es ilícita desde sus orígenes. En segundo lugar, porque no hay razones para colocar en una situación más favora-

---

comportamientos externos que apuntan a la asociación en cuanto empresa criminal y que suponen una aportación a la misma: no castiga "intenciones", ni -mucho menos- meros pensamientos." GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal., op. cit.,* p. 172.

[225] Ésta es la opinión expresada por GARCÍA RIVAS, Nicolás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; CANCIO MELIÁ, Manuel; RODRÍGUEZ PUERTA, María José; FARALDO CABANA, Patricia; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; LAMARCA PÉREZ, Carmen; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel y GARROCHO SALCEDO, Ana. "Delitos de organización: Arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 411.

[226] Así lo señaló Patricia FARALDO CABANA, en el *XXIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca*. Ella intervino en la mesa denominada "La reforma de los distintos tráficos ilícitos: criminalidad organizada, tráfico de personas y el nuevo delito de trata de seres humanos", que tuvo lugar el día 25 de marzo de 2011. También SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *op. cit.,* p. 1069.

[227] Como señalé, hasta antes de LO 5/2010 el art. 515 CP era empleado para abordar el fenómeno de las agrupaciones criminales. Tras la inclusión de las normas que regulan las organizaciones y grupos criminales, Sánchez García de Paz considera que los alcances de la mencionada norma deben replantearse. Entiende que el artículo 515 *"...debe reservarse para la punición de asociaciones formalmente constituidas como tales y orientadas a la comisión de delitos, entendiendo que se quiere proteger como bien jurídico el derecho constitucional de asociación, mientras que las figuras de la organización y el grupo criminal se orientarían a la protección del orden público y encontrarían su aplicación respecto de meras asociaciones de personas de hecho orientadas a delinquir."* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Artículo 515." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1794. En igual sentido Tamarit Sumalla considera que la diferencia entre el 570 bis y el 515 radica en que este último, además de la estabilidad y permanencia propias de la organización criminal, también requiere *"una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social."* TAMARIT SUMALLA, Josep María. "Artículo 515." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011, p. 1538. Finalmente, García Albero señala que en el caso de una asociación legamente constituida que promueve con posterioridad la comisión de delitos se dan notas específicas frente a la mera organización criminal, de ahí que puedan aplicarse por especialidad los artículos 515 y 517 CP. GARCÍA ALBERO, "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 1712.

ble[228] a quienes fundan, dirigen, presiden o integran activamente una asociación que tiene una apariencia formal y se dedica a la comisión de delitos, que a quienes realizan esas mismas conductas y otras tantas en una organización que no se ha constituido formalmente y busca ese mismo objetivo. Esto sería privilegiar el envoltorio que en el ámbito jurídico adoptó la asociación, lo que es absurdo si se piensa que una vez suprimido éste, v.g., a través de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, no hay diferencia con cualquier otra organización criminal.

Lo correcto reitero, de *lege ferenda* es suprimir dicha norma (art. 515.1 CP),[229] de manera que cualquier organización, esté constituida formalmente o no, que cumpla los parámetros definidos en el art. 570 bis (ya de por sí bastante amplios), pueda considerarse organización criminal, con las consecuencias que ello implica.

6. Comiso ampliado sobre bienes de terceros y en casos donde no se ha impuesto una pena y se demostrado una situación patrimonial ilícita.

Podemos interpretar el párrafo 2 del art. 127.1 CP de dos maneras. La primera, como una unidad. La segunda, como una disposición que contiene dos partes: una, en la que se admite el comiso ampliado de bienes procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo. Otra, en la que se prevé una regla probatoria.

Autores como Luis Rueda García creen que el apartado primero del artículo 127 debe leerse integralmente. Por tanto, solo a quien se le impute la infracción y no un tercero, podría asumir la condición de sujeto pasivo del comiso ampliado.[230] Comparto esta conclusión, pues una lectura fragmentada del párrafo 2 mencionado nos conduce a extremos absurdos. Me explico. La segunda interpretación nos llevaría a admitir el comiso ampliado en los casos donde no se ha impuesto una pena y sí se ha declarado la existencia de una situación patrimonial ilícita. Sería procedente el decomiso de bienes porque se *presume* que tienen alguna relación con actividades criminales que a su vez son conexas con el hecho que fue sometido a juicio, ignorando que ni aquellas, ni este hecho, entiéndase, el que mejor se logró precisar en modo, tiempo y lugar (justamente por eso fue acusado), motivó una condena. Algunos autores también creen que a esta conclusión se puede llegar porque la norma

[228] Digo más favorable pues la cantidad de conductas que se tipifican en el art. 517 CP es menor que la contemplada en el art. 570 bis (p. ej., en este último también se sanciona el formar parte de la organización, no siendo necesario que se trate de una participación activa, como sí sucede en el art. 517 CP). Las penas contempladas en el art. 517 CP también son menores.

[229] Cancio Meliá también es del criterio que la asociación ilícita no tiene espacio tras la reforma. CANCIO MELIÁ, "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), op. cit.,* p. 654.

[230] RUEDA GARCÍA, "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.,* pp. 224-225.

hace expresa mención a la condición de *condenados,*[231] sin embargo, creo que ésta no es una razón de peso para excluir la aplicación del apartado 4 del art. 127 CP, ya que también en el comiso ordinario (art. 127. 1 CP) se hace referencia a la pena como presupuesto del comiso y no por ello se deja de aplicar la medida cuando no imponiéndose esa, se configura una situación patrimonial ilícita. Así las cosas, la objeción más importante para negar el comiso ampliado en casos en los que no se llega a imponer la pena, es la falta de elementos para concluir con certeza que hay una relación entre los bienes a decomisar y el hecho enjuiciado. Pensemos en un caso. A, dirigente de una organización criminal dedicada al narcotráfico, da muerte a su esposa porque ésta quería abandonarlo. Otro ejemplo es que el mismo sujeto A conduzca de manera temeraria su coche y dé muerte a un peatón que se encontraba cruzando un paso de cebra. Aunque A sea condenado en ambos casos, tratándose de delitos que no guardan relación con organizaciones o grupos criminales (sea la organización que dirige, u otra organización o grupo criminal), no procederá extender el comiso sobre el resto de su patrimonio, inclusive a pesar de que se pueda demostrar fácilmente una desproporción entre éste y sus ingresos legales. El comiso quedará limitado a los efectos e instrumentos (pues no hay ganancias en los ejemplos que mencioné), *de las infracciones efectivamente cometidas*.

Del mismo modo, si pensásemos que el párrafo tiene dos partes independientes entre sí, también deberíamos aceptar la imposición del comiso ampliado sobre bienes de terceros. Una interpretación como ésta nos llevaría a concluir que en la legislación española se introdujo el supuesto previsto en el art. 3.3 de la DM 2005/212/JAI, con los riesgos que supone éste, pues por la titularidad de los bienes estos guardarán mayor distancia con los hechos que efectivamente fueron sometidos a proceso.

En resumen, entiendo que el art. 127.1 párrafo 2 debe interpretarse como una unidad. Con la expresión, *A estos efectos,*[232] el legislador da a entender que los bienes de origen ilícito sobre los que recae la presunción *son solo los que pertenecen al condenado*, lo que impide la imposición del comiso ampliado cuando no se imponga una condena, así como sobre bienes pertenecientes a terceros. Tratándose de estos últimos, solamente se cuenta con el comiso ordinario y los mecanismos existentes a efectos de determinar quién es el verdadero titular de los bienes directamente relacionados con la infracción, por ejemplo, el levantamiento del velo de la persona jurídica y la anulación de negocios jurídicos fraudulentos para hacer posible el decomiso (v.g., art. 374.3 CP).

---

[231] De esta opinión VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1992.

[232] Art. 127.1 párrafo 2:

"El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. *A estos efectos* se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas."

7. Naturaleza jurídica de esta forma de comiso.

El comiso ampliado se origina, *al menos en el plano del deber ser*, con el propósito de alcanzar las ganancias obtenidas por las organizaciones criminales.[233] Entiendo que es una orientación teleológica que no dista de la del comiso de ganancias, de ahí que su naturaleza jurídica sea la misma. Como expliqué en el capítulo III apartado III.C.2., se trata de una medida de carácter penal, que busca suprimir el enriquecimiento proveniente de las infracciones penales y que también puede tener efectos preventivos, evitando la reinversión de ganancias ilícitas en la economía legal y desincentivando la comisión de hechos criminales al demostrar que el crimen no paga.

De *lege lata* es indiscutible su carácter sancionador, pues su imposición está vinculada a la condena de una persona por cometer actividades en el marco de la criminalidad organizada o el terrorismo. Es una medida que se dirige *ad personam*, al patrimonio del condenado y no al de terceros. Además, solamente por el deseo de punir se explica el comiso ampliado de bienes que se presumen son efectos e instrumentos y que pueden no ser peligrosos. Siempre en esta línea de ideas, otro elemento que confirma mi conclusión es la desconexión que hay entre los bienes a decomisar y las actividades criminales de las que supuestamente proceden. No se dispone el comiso ampliado porque exista un vínculo entre ambos, sino porque hay una desproporción entre activos e ingresos del condenado que no ha sido justificada. Tan problemática es la inclusión de una presunción legal en esta norma, que el comiso ampliado puede abarcar bienes que no proceden de un delito, ya que bastará con que el condenado no articule prueba que desvirtúe el hecho base (la desproporción entre ingresos legítimos y patrimonio), para que se tenga por demostrado el hecho presunto (a saber, que los bienes proceden de actividades criminales vinculadas con la delincuencia organizada o el terrorismo). Como expuse a lo largo de los acápites anteriores, la presunción legal hace innecesario que el órgano jurisdiccional tenga por demostrado *con certeza* el vínculo entre los bienes y las actividades criminales de las cuales supuestamente proceden, con lo cual se concluye que la razón de ser del comiso ampliado es básicamente la de sancionar la tenencia injustificada de bienes por parte de quien ha sido condenado por determinados delitos (los de organización o grupo criminal o terrorista, o un delito de terrorismo). Sobre esto, me extenderé en el próximo acápite. De momento, solo señalar, a modo de conclusión, que el comiso ampliado de *lege lata* tiene un claro carácter punitivo.

[233] QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.,* p. 108.

8. Otras reflexiones sobre el comiso ampliado contenido en el art. 127.1 párrafo 2 CP.

Según algunos autores la normativa española no llegó al extremo de crear un delito de tenencia injustificable de bienes. De esta manera, además de negarse a equiparar lo inexplicable y lo delictivo, sigue manteniéndose la exigencia de establecer una relación entre un delito concreto y los bienes que se poseen.[234] El Consejo General del Poder Judicial concluyó lo mismo al examinar este tema, señalando que el comiso ampliado vincula el patrimonio desproporcionado cuyo origen no se pueda demostrar como legal, con la actividad delictiva de la organización, con lo cual se evita que el patrimonio simplemente ilícito, pero no delictivo, sea suficiente para para fundamentar el comiso ampliado de los bienes: *"Esta precisión es de gran importancia para delimitar el ámbito del comiso ampliado, pues la ampliación del comiso no puede extenderse, y menos por vía de presunción, a cualquier patrimonio ilícito del sujeto, sino solo a aquel que se presume, salvo prueba en contra, vinculado directa o indirectamente a la actividad delictiva de la organización por la que el sujeto es condenado."*[235]

No comparto completamente estas afirmaciones. Aunque la tenencia injustificada de bienes no ha sido tipificada, tampoco procede excluir del ámbito del comiso ampliado el patrimonio que no proceda de una actividad delictiva; o que no proceda de una actividad delictiva no vinculada directa o indirectamente con la desplegada por la organización o grupo criminal al que está vinculado el condenado, pues por la presunción legal contenida en el párrafo 2 del art. 127. 1 CP, no es imprescindible que el órgano jurisdiccional llegue a concluir, con un grado de certeza, que los bienes tienen un determinado origen. Basta con que haya un condenado por actividades cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o

---

234 *"... en principio, aparentemente –pues es una idea a revisar, como después veremos- no se ha llegado al extremo, recomendado en documentos de la OCDE, de crear directamente un delito de tenencia injustificable de bienes. No siendo así, subsiste, en principio, la necesidad de establecer una relación causal razonable entre el delito cometido (un delito concreto) y los bienes que se poseen. Este planteamiento, tradicional, y que se considera único compatible con la dificultad de presumir delitos no conocidos o probados y responder penalmente desde esa presunción, es abiertamente contestado y rechazado por los partidarios de fortalecer las respuestas penales ante la exhibición impune de riquezas de origen inconfesable. La equiparación entre lo "inexplicable" y lo "delictivo" es así tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo. Por lo demás, se dice, tampoco está justificado un excesivo escándalo, dado que en otras parcelas del derecho –concretamente en el derecho tributario- el aumento injustificado del patrimonio tiene relevancia y puede ser fuente de obligaciones y sanciones."* QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, ibídem,* p. 108. Véase igualmente RAMÓN RIBAS, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo I, p. 786. Para Choclán Montalvo, el tipo penal de enriquecimiento ilícito es de dudosa compatibilidad con los principios constitucionales que disciplinan el Derecho penal por invertir la carga probatoria hacia aquel que posee ciertos bienes cuya procedencia lícita debe probar. Así, CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 336.

235 DIEGO DÍAZ-SANTOS; MATELLANES RODRÍGUEZ; FABIÁN CAPARRÓS, *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, op. cit.,* p. 70.

por un delito de terrorismo y que posea bienes cuyo valor sea desproporcional a sus ingresos legales.[236]

Lo anterior, sin embargo, no excluye la posibilidad de que el condenado articule prueba en contrario y logre demostrar que su patrimonio o la parte de él que se considera desproporcional tiene un origen ilícito pero no delictivo (p. ej., que procede de la comisión de faltas), o que procede de delitos no cometidos en el marco de la delincuencia organizada y el terrorismo. En esta hipótesis no cabrá el decomiso, pues se habrá probado la inexistencia del hecho presunto (a saber, que los bienes proceden de actividades *delictivas* cometidas en un determinado contexto). Lo que no podrá demostrar (o mejor dicho, lo que es intrascendente aunque lo pueda demostrar), es que los bienes se originan en actividades delictivas cometidas en el contexto de la delincuencia organizada o el terrorismo que son de *una clase diferente* a la que motivó su condena, pues la aplicación del comiso ampliado no requiere esa identidad.

No desconozco que demostrar el origen de los bienes puede resultar ordinario y simple para su titular siempre y cuando ese origen sea legal. Ahora, aunque autores como Climent Durán consideran que la regla básica sobre la carga probatoria puede alterarse si, además de la facilidad probatoria para una de las partes, se constata que la otra tiene verdaderas dificultades en la demostración del hecho que ha invocado en su propio provecho[237] (como sucede en este caso, donde quien está en mejores condiciones de probar el origen lícito de los bienes es su titular), la no demostración de dicho extremo no le debe acarrear consecuencias negativas al procesado, pues en el ámbito penal o procesal penal no cabe esa inversión de la carga probatoria. La presunción de inocencia debe desvirtuarse con la prueba de cargo, sea directa o indirecta, lo que claro está, no impide al órgano jurisdiccional valorar la ausencia de explicaciones que comúnmente podrían justificar dichos ingresos.[238] Importante añadir que esas explicaciones también deben ser buscadas

---

[236] En igual sentido GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* pp. 299-300. En sentido contrario, señala Vidales Rodríguez: *"Sin desconocer que en la mayor parte de casos los bienes del condenado tendrán el origen delictivo que se le supone, y admitiendo asimismo que los hechos constatados constituyen poderosos indicios, no creo que puedan descartarse otros supuestos en los que los bienes tengan una procedencia ilegal o que incluso, siendo delictiva, no guarde relación alguna con esa manifestación de la delincuencia. En tales hipótesis, esto es, cuando no pueda constatarse la vinculación entre el bien y el crimen organizado las dudas, según entiendo, deberán disiparse a favor del reo; incluso; como digo, aunque existan fundadas sospechas de que procede de la realización de un hecho delictivo, siempre que éste sea ajeno a la organización criminal."* VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 1995.

[237] CLIMENT DURÁN, *op. cit.,* p. 757.

[238] Como ha apuntado el TS, con acierto, en ciertas hipótesis el hecho de que el imputado no ofrezca una explicación alternativa a la que propone la acusación permite concluir que no la hay. Véase la STS N° 468/2002 de 15 marzo: *"Por otra parte el propio acusado no proporciona una explicación alternativa plausible de cómo pudieron quedar impresas sus huellas dactilares en la barra del bar, junto a la caja registradora forzada, precisamente la noche del robo, y mientras el bar se encontraba cerrado al público. Es cierto que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, pero cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo, –y las huellas dactilares indudablemente lo son– la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcio-*

por la parte procesal que formula la acusación, ya que es la principal interesada en descartar su existencia. P. ej., la acusación demuestra que el imputado, condenado por ser parte de una organización dedicada a la venta de droga a consumidores, ni ha trabajado ni ha hecho negocios lícitos durante años, no obstante lo cual tiene en su poder una importante cantidad de joyas (anillos, relojes, cadenas, etcétera), con los que comúnmente los adictos pagan la droga que consumen; o posee grandes cantidades de dinero en metálico en su vivienda; o tiene depósitos en sus cuentas bancarias que no son constantes en cuanto a su cantidad y periodicidad, etcétera.

Tras el estudio del art. 127.1 párrafo 2 CP, queda claro que la presunción legal allí contenida debe desaparecer. La desproporción entre patrimonio e ingresos legales debe ser considerada un indicio más, que el órgano jurisdiccional debe valorar junto a otros, p. ej., la presencia de operaciones en el ámbito financiero que se pueden estimar extrañas, la condena por ciertos delitos, etcétera; o como sugieren algunos, ser considerada una directriz o guía para que el juzgador vincule los indicios y el hecho presunto, pero sin sustituir su razonamiento.[239] Lo que planteo no es algo novedoso. En materia de blanqueo de capitales, v.g., hay una consolidada jurisprudencia del TS que construye la aplicación de este tipo penal basándose en tres elementos: los incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas; la inexistencia de actividades económicas o legales y la vinculación o conexión con actividades delictivas o grupos relacionados con ellas.[240] El sistema de libre apreciación de la prueba conduce a esto, ya que al igual que sucede con cualquier prueba directa, la eficacia probatoria de los indicios dependerá de su idoneidad para hacer que el juzgador arribe a un juicio de certeza sobre un hecho.[241]

Aunado a esto, hay que recordar que el comiso de bienes relacionados con *actividades criminales* ya está contemplado en el art. 127.1 del CP. Bastará con que se impute la comisión de una *actividad delictiva*, entiéndase, la comisión de un conjunto de delitos que tienen lugar a lo largo del tiempo (lo que es característico en las infracciones cometidas al amparo de organizaciones criminales), para que proceda el comiso ordinario. Por tanto, el art. 127.1 párrafo 2 CP no es la primera norma que abre la puerta al comiso de bienes de organizaciones criminales o terroristas, sino una norma que rebaja al mínimo las exigencias probatorias, en la que se pierde por

nar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna ."

239 PÉREZ CEBADERA, *op. cit.,* p. 79.

240 ZARAGOZA AGUADO, "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1172. Este autor habla de más de un centenar de resoluciones del TS con un porcentaje de confirmación de condenas cercano al 90%.

241 *"...la mayor o menor proximidad lógica de cada uno de los hechos básicos respecto del hecho consecuencia, su convergencia o univocidad al respecto, el que unos de tales hechos básicos puedan servir de apoyo a los otros y viceversa, en definitiva la mayor o menor capacidad de sugerencia de los indicios con relación al hecho necesitado de prueba, ha de ser apreciado conforme a reglas de la sana crítica utilizando las llamadas máximas de experiencia, los conocimientos científicos o cualesquiera otros elementos aptos en cada caso para razonar ese enlace preciso y directo al que se refiere el tan repetido art. 1.253 CC."* DELGADO GARCÍA, "Prueba de indicios." En: DELGADO GARCÍA, *CDJ. La prueba en el proceso penal II, op. cit.*, p. 390.

completo el interés por imputar y demostrar esas actividades,[242] con las consecuencias nefastas que esto puede provocar.

Al condenar, el órgano jurisdiccional declara en sentencia la comisión de uno o varios delitos concretos, o bien la comisión de una actividad criminal determinada (p. ej., la venta de drogas desarrollada a lo largo de varios meses). En este último caso, quizá común tratándose de la criminalidad organizada pues las empresas criminales no se organizan para la comisión de un único hecho, no hay impedimento para decomisar, con base en el art. 127.1 CP (comiso ordinario), aquellos bienes que el tribunal considere, con un grado de certeza, provenientes de esa *actividad criminal acusada y enjuiciada*. Recapitulando, el comiso ordinario también debe proceder cuando se haya acusado la actividad criminal y no solo un hecho concreto (en ocasiones el de menos importancia, pues por ej., tratándose de una operación controlada, ese hecho ni siquiera ha producido una puesta en peligro del bien jurídico[243]) y simultáneamente, la defensa haya tenido la oportunidad de rebatir esa acusación.

Centrándonos en algunos problemas adicionales que contiene el art. 127.1 párrafo 2 CP, nótese que el legislador no exige una conexión entre las actividades criminales que no han sido sometidas a juicio y los hechos efectivamente procesados. De esta manera, se pueden llegar a decomisar bienes originados en actividades criminales que no han sido circunstanciadas en modo, tiempo y lugar ni siquiera en términos genéricos y que por ser completamente ajenas a los hechos condenados, impiden al condenado ejercer su derecho de defensa en relación con los presupuestos del comiso. Aunque acepto que el comiso ampliado puede (y debe) recaer sobre las ganancias procedentes de actividades criminales anteriores a la enjuiciada, es necesario que se demuestre (*juicio de certeza*), que existe una relación con los he-

---

[242] Lo que se puede hacer a través de la prueba por indicios. P. ej., señala Choclán Montalvo algunos de esos indicios: la vinculación del acusado con actividades delictivas, personas o grupos relacionados con esas actividades; el aumento de patrimonio durante el lapso en que se da ese vínculo y la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento patrimonial. CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 342.

[243] En referencia al comiso en materia de drogas, Choclán Montalvo expone una tesitura que avala mi posición: *"Es frecuente en este tipo de procesos que la consideración aislada de un hecho concreto no permite una valoración global del fenómeno, y resulta muy difícil establecer un ligamen concreto entre la ganancia y la parte de la secuencia de la total actividad de tráfico que se proyecta en el delito enjuiciado en cada caso, a pesar de que sí se puede demostrar suficientemente que el patrimonio no justificado que posee el acusado deriva de aquella actividad ilícita. Si se quiere evitar el absurdo de que por la circunstancia de la fragmentación en causas particulares no sea posible en ninguna de ellas extender la medida de comiso al ingente patrimonio de quien no se conoce un medio lícito de vida, al art. 374 CP debe atribuirse un sentido más amplio que el que deriva del art. 127 CP, admitiendo que en cada causa por delito de tráfico de drogas, de la que resulte condenado el acusado, puede extenderse la resolución judicial a la confiscación de toda ganancia que tenga origen en delitos de esa clase imputables al acusado, siempre que quede suficientemente demostrada esa vinculación."* En esta misma obra, el autor señala: *"...cuando en un proceso es posible asociar el incremento de patrimonio del acusado a la pertenencia a la organización criminal que ha sido declarada en sentencia, aunque no pueda demostrarse que deriva la ganancia de la concreta operación de tráfico enjuiciada, debe declararse que procede el comiso y la confiscación, pues en ese caso se habrá demostrado el vínculo objetivo que permite la medida sancionatoria."* CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* pp. 354 y 359, respectivamente.

chos sometidos a proceso, lo que solo es posible si las actividades criminales son *de la misma clase o similares a la enjuiciada*. Veamos un ejemplo. Se acusa que A, durante los últimos 5 años ha dirigido una organización dedicada al narcotráfico. Luego de varias transacciones a gran escala, que quedan debidamente documentadas a través de videos, se realiza una operación concreta tras la cual se le detiene. Se incautan 10 kg de cocaína y un millón de euros en sus cuentas bancarias. Se demuestra que ese dinero es la ganancia obtenida con el negocio del narcotráfico. Si el Ministerio Fiscal, p. ej., acusó la actividad criminal que realizaba A de forma sistemática y no solo el hecho u operación concreta que dio lugar a su detención, cabrá el *decomiso ordinario* de ese dinero. Si no lo hizo, el comiso ampliado tendrá lugar, pues ese dinero procede de la actividad criminal que el condenado venía realizando y que es de *la misma clase* que la sometida a condena. Quizá el tema pierde importancia a raíz de la presunción legal (pues en razón de ésta, se presume que el patrimonio proviene de delitos cometidos en el marco de la delincuencia organizada o el terrorismo), pero lo cierto es que, de *lege ferenda*, una vez suprimida dicha presunción, será necesario también hacer esa aclaración, exigiendo que las actividades criminales sean de la misma clase o similares al hecho condenado, pues solamente así se podría justificar una medida tan gravosa como lo es el comiso de bienes que se relacionan con hechos que en cualquier caso, no han sido objeto de acusación o condena. Dicho en otras palabras, aunque no hay problema en reconocer que a través de indicios es viable demostrar el despliegue de una actividad criminal de la misma naturaleza o similar a la enjuiciada (dada la relación que hay entre ellas), ello no es posible con una actividad totalmente diferente. Por tanto, si hay elementos para probar esta última, lo procedente es formular una acusación directamente sobre esos hechos y no evadir el problema probatorio a través de un comiso que en esas circunstancias sería claramente inconstitucional, por vulnerar entre otros, el derecho de defensa.

A la norma también se le pueden plantear objeciones en relación con el terrorismo. Nótese que se puede decomisar el patrimonio del condenado por un delito de terrorismo, quizá cometido sin relación alguna con organizaciones o grupos terroristas y quizá sin que se pueda demostrar que el condenado ha tenido intervención en actividades de esa misma naturaleza en el pasado, solo porque se presume legalmente que dada la desproporción patrimonial que hemos venido apuntando, ese patrimonio está relacionado con delitos de terrorismo, o con delitos cometidos al amparo de organizaciones o grupos criminales o terroristas con anterioridad al hecho que motivó la condena.

Otro problema radica en que el art. 127.1 párrafo 2 CP no contiene una determinación cuantitativa de lo confiscable. Como la presunción exime de prueba en ese ámbito (basta la desproporción entre los activos e ingresos), el comiso puede alcanzar todo el patrimonio del condenado, sin importar cuándo ingresaron los bienes a ese patrimonio (entiéndase, antes o después del hecho o hechos enjuiciados), con lo cual se puede exceder sobradamente lo que según la sentencia, fue el provecho derivado de un delito concreto, o de la concreta actividad criminal que ha sido enjuiciada. P. ej., según la acusación, A se dedicó al tráfico de drogas durante un año y gracias a la prueba disponible, se pueden calcular las ganancias que obtuvo duran-

te ese lapso. Su patrimonio, no obstante, triplica o cuadruplica ese monto y como A no puede justificar su origen, se decomisa íntegramente.

A mi modo de ver no se trata de ser ingenuos en relación con las dificultades probatorias que existen en relación con las actividades que realiza la delincuencia organizada o el terrorismo. Tampoco se trata de ignorar las disposiciones que rigen a nivel supranacional en torno a este tema. Lo que se busca es evitar lo que en palabras de Vidales Rodríguez es, un efecto perverso,[244] pues si se presume legalmente que una parte, o incluso todo el patrimonio de un condenado tiene un origen ilícito, se puede perder el interés por investigar y sobre todo, por articular prueba para demostrar la comisión de hechos delictivos. También se podría perder el interés por procesar debidamente a quienes han desplegado actividades criminales durante largos períodos de tiempo, lo que supone demostrar precisamente la práctica de esas actividades. El comiso de todo el patrimonio del condenado podría ser incentivo suficiente para esto, pues es mucho más fácil demostrar un hecho concreto que motive una condena y un indicio (la desproporción patrimonial) y que en consecuencia, se proceda al comiso de todo un patrimonio, que tener que demostrar, sea a través de prueba directa, sea a través de indicios, que una o varias personas condenadas por delitos realizados al amparo de una organización o grupo criminal o terrorista, o bien por terrorismo, han incurrido en otras actividades criminales, así como la relación de los bienes con esas actividades.

En resumen, aunque creo que el comiso ampliado es una herramienta útil, entiendo que el legislador no la incorporó a la legislación española de la mejor manera. De *lege ferenda*, el comiso ampliado se debe reservar a las ganancias; se deben indicar expresamente los delitos en los que procede su aplicación (p. ej., se debe contemplar en los delitos de corrupción cometidos durante largos períodos de tiempo aunque no se cometan en el marco de la criminalidad organizada); la presunción legal debe suprimirse y la desproporción entre patrimonio e ingresos legales debe considerarse un indicio más a valorar por el juzgador, como sucede en cualquier otra presunción judicial.[245] De igual manera, se debe autorizar el comiso ampliado parcial o el no decreto del mismo bajo ciertas circunstancias que van más allá de las que prevé el art. 128 CP (p. ej., cuando el comiso ampliado tenga efectos que superan la persona del condenado, afectado duramente, v.g., a su familia). Finalmente, se requiere que la actividad criminal que no ha sido acusada ni demostrada, sea de la misma naturaleza o similar que la sometida a proceso.

Si esta reforma no se produce, como mínimo habrá que entender que cuando el legislador propone una solución que en pocas líneas invierte la carga de la prueba, a lo que está haciendo referencia es a la posibilidad de que el juez llegue a la conclu-

[244] VIDALES RODRÍGUEZ, "El comiso ampliado: Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU; et ál., *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), op. cit.,* p. 2004.

[245] Comparte esta opinión Córdoba Roda, al señalar que no era necesario crear una presunción legal. Para él, *"hubiera bastado con aplicar la doctrina genera sobre la prueba y en particular la de la prueba indirecta o por indicios."* CÓRDOBA RODA, Juan. "Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso." En: *Revista Jurídica de Catalunya.* Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX, p. 18.

sión sobre el origen ilícito del patrimonio del condenado a través del proceso lógico que se relaciona con la prueba por indicios. Posición absurda claro está, pues supone atribuir a un texto legal un significado que no tiene, sin embargo, es la única solución que veo si se desean evitar roces constitucionales en la aplicación del comiso ampliado, un comiso que hoy por hoy, se acerca peligrosamente a la confiscación general de bienes.

II. Comiso y delitos contra la seguridad vial (artículo 385 bis del Código Penal).

Antes de la reforma introducida con la LO 5/2010, de 22 de junio y según lo dispuesto en la LO 15/2007, de 30 de noviembre,[246] el art. 381 CP contenía el único delito contra la seguridad vial (a saber, la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás), en el que se contemplaba el comiso. En concreto, su apartado 3, decía que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos contemplados en ese precepto debía considerarse instrumento a efectos del comiso.[247] Dicha categorización del vehículo como instrumento en un delito imprudente respondía, según Manzanares Samaniego, al deseo del legislador de abarcar con el comiso un bien que no era instrumento en sentido propio,[248] pues el vehículo era solamente un objeto al que se refería la norma. Como apunté al examinar el tema de los efectos e instrumentos de la infracción[249] no comparto esta postura, pues el que un bien sea el objeto sobre el que recae la conducta típica, o que esté descrito en el tipo penal, no excluye *prima facie* su condición de instrumento, caso en el cual su comiso está autorizado por el art. 127 CP. La conducta contemplada en el numeral 381 mencionado es un ejemplo de lo anterior, pues el vehículo además de ser el objeto sobre el que recae la conducta típica (conducir), es simultáneamente el instrumento -de hecho el único que contempla el tipo penal-, con que se puede cometer la misma.[250]

---

[246] LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. BOE N° 288, 1 de diciembre de 2007, pp. 49505-49509.

[247] "Artículo 381.

1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código."

[248] MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 524. Véase también MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo I, Parte General, pp. 927-928.

[249] Cfr. cap. III., apartado III.A de esta investigación.

[250] Reitero que esta posición no es unánime en la doctrina. P. ej., para Magaldi Paternostro, en el artículo 381 (texto original según la LO 10/1995, de 23 de noviembre), el vehículo no tenía el carácter de instrumento. Cree que en aquellos supuestos en los cuales lo que se prohíbe bajo pena es

No obstante, teniendo claro que este no es un tema pacífico (pues como vimos en su momento, muchos autores son del criterio que el objeto de la infracción no puede ser simultáneamente su instrumento, como tampoco lo puede ser aquel objeto que describe la norma), la inclusión del art. 385 bis tiene algún interés.

Antes de la LO 5/2010, la doctrina debatía acerca de si el comiso era aplicable únicamente en relación con el delito previsto en el art. 381, o si comprendía otros delitos contra la seguridad vial.[251] Toda esta discusión acabó con la ley mencionada, que además de suprimir el apartado 3 del art. 381 CP, introdujo el artículo 385 bis,[252] convirtiendo el comiso del vehículo a motor o ciclomotor empleado en la comisión del hecho en una pauta procedente *para todos los delitos contra la seguridad vial*.[253] El art. 385 bis CP lo que hace es señalar expresamente que el vehículo a motor o ciclomotor empleado en cualquier hecho de los previstos en ese Capítulo, es un instrumento del delito a los efectos de los arts. 127 y 128 CP. Es en lo medular, la misma previsión contenida en el art. 381.3 CP, pero ahora extendida a todos los delitos contra la seguridad vial. Como adelanté, si se hiciese un análisis adecuado del término instrumento tal previsión no era necesaria, pues en la mayoría de los tipos penales que contiene ese capítulo el vehículo es o puede ser efectivamente eso, el instrumento con que se comete la infracción.[254] P. ej., así sucede en relación con los arts. 379, 380, 381 y 384 CP.

---

precisamente la utilización de un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de determinadas sustancias, o de modo temerariamente manifiesto, el vehículo no se constituye en el instrumento con el que se ejecuta la conducta prohibida, sino que el conducirlos en aquella situación o de aquel modo constituye la conducta prohibida. MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Art. 385." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004, p. 1740.

[251] Sobre los alcances de dicha discusión, véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. "La conducción manifiestamente temeraria. Balance de la reforma operada por la LO 15/2007 y cuestiones pendientes." En: *Tráfico y Seguridad Vial.* N° 139, julio-agosto 2010, apartado VII. Disponible en: http://laleydigital.laley.es; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?, op. cit.,* pp. 582-583 y VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 12. Por ejemplo, González Casso señaló en 1998, en relación con el art. 385, que *"Dados los términos amplios en los que está redactado el art. 127 no existiría problema para decretar el comiso en el resto de los delitos contra la seguridad del tráfico, de ahí la innecesariedad del precepto."* GONZÁLEZ CASSO, Joaquín. "La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código Penal." En: *Actualidad Penal*. Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 1998, p. 785.

[252] "Artículo 385 bis.
El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128."

[253] En este sentido, véase SAAVEDRA RUIZ, Juan (Dir.). *Código penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias.* Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., 2° edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, 2011, p. 1193.

[254] En sentido contrario, Manzanares Samaniego. Como ya indiqué atrás, para él el vehículo es el objeto sobre el que recae la acción y no su instrumento. Cree que por eso se ha necesitado una norma que los equipare y que con la mención expresa del art. 128, se contribuye a evitar comisos *"...absolutamente inadmisibles en un Estado de Derecho, tanto más por cuanto aquí no se trata de verdaderos instrumentos de una infracción criminal..."* MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo II, Parte Especial, p. 1030.

Tratándose de los arts. 383 y 385 CP la situación es diversa. Veámoslos uno a uno. El art. 383 tipifica la conducta del conductor que requerido por la autoridad, se niegue a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se trata de una acción cuya ejecución no requiere el empleo del vehículo, de ahí que la previsión planteada en el art. 385 bis no sea aplicable en este caso.[255]

El numeral 385 CP sanciona a quien origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya la obligación de hacerlo. Creo que en el primer supuesto contemplado en el apartado 1 (obstaculización de la vía), el vehículo podría emplearse en el hecho, p. ej., abandonándolo sobre una vía, o conduciéndolo a una velocidad excesivamente lenta,[256] de ahí que bien podría categorizarse como instrumento y disponerse su comiso. En este caso sin embargo, la previsión del artículo 385 bis sería innecesaria, pues el vehículo no difiere en nada de cualquier otro elemento que el autor o partícipe de la infracción utilice para obstaculizar el tráfico. Aunado a esto, ni es el objeto sobre el que recae la conducta típica, ni está descrito en la norma, como sí sucede en otros casos.

El artículo 385 bis remite expresamente a los arts. 127 y 128 CP. Por tanto, el comiso en delitos contra la seguridad vial está sometido a las restricciones que contemplan estas últimas normas en cuanto a la aplicación de cualquier otro comiso. Me refiero a su no aplicación cuando el bien pertenezca a un tercero de buena fe no

[255] En sentido contrario, la FGE señala que sí, pues el tipo penal exige la conducción previa y el art. 385 bis no hace excepciones. FGE. Circular 10/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial,* p. 77. Disponible en: http://www.fiscal.es.

[256] *"Cualquier objeto o elemento que pueda constituir un obstáculo relevante para la circulación puede ser apto para integrar este figura delictiva. Se entiende por "obstáculo" todo objeto abandonado o colocado de propósito para dificultar el tráfico, siendo indiferente el carácter fijo o móvil de éste como, por ejemplo, un vehículo que circula lentamente, pues lo importante es que efectivamente resulte un impedimento que cause un grave riesgo para la circulación."* DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1471. En sentido contrario, Pilar Gómez Pavón considera que la conducta prevista en el artículo 385 no se puede cometer por medio de la conducción: *"El nuevo precepto extiende a todos los delitos del Capítulo la consideración de instrumento del vehículo o ciclomotor utilizado en el delito. A pesar de ello hay limitaciones a su aplicación. No consideramos que sea posible en el artículo 385, puesto que ninguna de las dos modalidades contempladas en el precepto requieren para su comisión del empleo de un vehículo de motor o ciclomotor. Se trata de hechos que pueden suponer un riesgo para la seguridad del tráfico, en cuanto significan la alteración o no restablecimiento de la misma, pero por cualquier otro medio que no sea la conducción.* GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *"La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico."* En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 434. Ver también GÓMEZ PAVÓN, Pilar. "Delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 1438.

responsable del delito que lo haya adquirido legalmente,[257] así como su aplicación preceptiva salvo que se disponga algo diverso con base en el principio de proporcionalidad (art. 128 CP), según el cual el juzgador podrá no decretar el comiso, o hacerlo solo parcialmente cuando el valor de los instrumentos no guarde proporción con la naturaleza[258] o gravedad de la infracción, o se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.[259] Además, siendo que el vehículo es un bien de lícito comercio, deberá venderse y el producto que se obtenga deberá aplicarse al pago de las responsabilidades civiles[260], en los términos que señala el art. 127 CP.

Con base en el art. 128 CP, Gómez Pavón estima que el comiso previsto en el 385 bis no es preceptivo.[261] Creo que tal postura no es del todo correcta, ya que la aplicación del art. 128 está sometida a ciertos límites (proporción entre el valor de los instrumentos y la naturaleza o gravedad de la infracción, o satisfacción de las responsabilidades civiles), de ahí que el órgano jurisdiccional no siempre tenga libertad para decidir cuando lo ordena o no, como sí sucede p. ej., en relación con los delitos imprudentes (art. 127.2 CP). Lo que sí es cierto es que, de darse los presupuestos que contempla esa norma, puede ser que el comiso del vehículo a motor o ciclomotor no se decrete, o solo se disponga de manera parcial. Siempre en relación con el principio de proporcionalidad, como apunté en el capítulo IV., apartado X. A, se suele hacer una interpretación bastante amplia del art. 128 CP, que permite considerar otros extremos para determinar si procede o no el comiso. Así, v. g., la reincidencia del sujeto en la comisión de delitos contra la seguridad vial.[262]

Siempre en este orden de ideas, se puede prever que en delitos contra la seguridad vial y con base en el principio de proporcionalidad contemplado en el art. 128 CP se llegue a prescindir del comiso,[263] ya que lo normal es que los vehículos

---

[257] Comparte esta opinión, aunque sin señalarlo expresamente, ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, Francisco Javier. "La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010." En: *Revista Aranzadi Doctrinal*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 8, diciembre 2011, p. 152.

[258] Según Tamarit Sumalla, la naturaleza aquí tiene poco valor discriminante, pues se trata de delitos en gran medida homogéneos. TAMARIT SUMALLA, Josep María. "Artículo 385 bis." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011, p. 1037.

[259] DE VICENTE MARTÍNEZ, "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1474.

[260] Responsabilidades civiles (comprendidas en los artículos 109 y 110 del Código Penal) y no pecuniarias, como ya indicamos al analizar el art. 127.5 CP. En igual sentido, GÓMEZ PAVÓN, "Delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, p. 1439.

[261] DE VICENTE MARTÍNEZ, "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1474.

[262] TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?, op. cit.,* p. 592. La FGE señala que los criterios para acordarlo son la naturaleza, gravedad, valor económico y las concretas circunstancias concurrentes en el hecho reveladoras de un mayor reproche objetivo o subjetivo de la conducta y la situación económica y personal del penado. También entiende que se debe considerar, entre otros extremos, las reiteradas y anteriores conductas infractoras cometidas con el vehículo. FGE, Circular 10/2011, p. 78. Como algunas de esas circunstancias (p. ej., la situación económica del penado), no están contempladas en el art. 128 CP, concluyo que se dota a esta norma de un ámbito de aplicación más amplio que aquel que de *lege lata* le corresponde.

[263] Menos optimista, DE VICENTE MARTÍNEZ al analizar el proyecto de reforma del Código Penal, demostró que si bien la jurisprudencia en un inicio había sido reticente a dar al vehículo la catego-

tengan seguro con lo cual será la empresa aseguradora la que se haga cargo del pago de las responsabilidades civiles. Esto lógicamente, no obsta para que se repita el cobro contra el asegurado. Aunado a esto, como indica Gómez Pavón,[264] lo común es que estos delitos no sean excesivamente graves, motivo adicional que sustentaría la aplicación del art. 128 mencionado.

En relación con el comiso de bienes de terceros, entiende Gómez Pavón que el propietario no debería verse afectado, pues "*…no tiene que conocer que cuando deja el vehículo o ciclomotor a un tercero, este se va a comportar de manera típica.*"[265] Creo que tal apreciación tampoco es exacta. Como vimos en el anterior capítulo de esta investigación, con base en la legislación actual si el dueño del vehículo no cumplió con su deber de vigilancia, p. ej., lo ha prestado a su hijo a pesar de saber que éste iba a ingerir licor en exceso, o que siempre que conduce lo hace con exceso de velocidad y efectivamente, se cometen uno o varios delitos contra la seguridad vial, se puede argumentar que la presunción de buena fe del tercero ha decaído y por ende, el comiso es procedente. En todo caso, muchas de estas situaciones se podrán solventar a través del art. 128 (que permite excluir el comiso o imponerlo de modo parcial), o a través del comiso de otros bienes del autor de la infracción (art. 127.3), de manera que el tercero no vea afectados sus derechos sobre el vehículo a motor o ciclomotor.

Del mismo modo, al menos de la relación entre los arts. 127 y 385 bis CP se desprende que de *lege lata*, cabe el comiso cuando no se haya declarado la responsabilidad penal de alguna persona, aunque lo cierto es que difícilmente se acreditará *una situación patrimonial ilícita* tratándose de los delitos contra la seguridad vial.

Dice García Arán que los delitos de peligro contra la seguridad en el tráfico son delitos dolosos (dolo de peligro), por lo que la expresión delitos imprudentes contenida en el art. 127 CP debe entenderse referida a cualquier delito imprudente de resultado.[266] Aunque esta autora tiene razón, no menos cierto es que con excepción del art. 381 -que es doloso y por ende, está cubierto por el art. 127.1 CP-, las demás conductas son delitos de peligro que en el fondo, son imprudencias sin resultado, elevadas a la categoría de delito independiente. Ante este panorama, la inclusión del comiso en este tipo de infracciones que son de peligro, constituye una excepción al régimen general del comiso previsto en el art. 127 CP, que como apunta Molina Fernández, puede conducir a tratar desigualmente situaciones idénticas, o

---

ría de instrumento del delito por la desproporción que existe entre su valor y la gravedad del hecho punible, esa tendencia había ido modificándose. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "El comiso del vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial". En: *Actualidad Jurídica Aranzadi.* Editorial Aranzadi S.A., N° 798, Año XIX, 13 de mayo de 2010, p. 13.

[264] GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 437 y GÓMEZ PAVÓN, "Delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, p. 1439.

[265] GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 434.

[266] GARCÍA ARÁN, "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), op. cit.,* p. 968.

peor aún, a sancionar más lo menos grave. Veamos por qué. El artículo 127.2 CP prevé el comiso tratándose de delitos imprudentes cuya pena prevista supere el año de privación de libertad. Ahora, la mayor parte de los delitos contra la seguridad vial no cumplen ese requisito (p. ej., los arts. 379, 383, 384 CP), con lo cual bien puede suceder que quien cometa un delito contra la seguridad vial sufra el comiso de sus bienes y no lo sufra quien cometa cualquier otro delito imprudente sancionado con la misma pena.

En este mismo orden de ideas, según el art. 382 CP, si se produce el resultado se aplicará la infracción más gravemente penada,[267] lo que puede provocar que se aplique el comiso en la infracción menos grave (el delito contra la seguridad vial) y no así en la más grave. Me explico con un ejemplo. Si A conduce con exceso de velocidad y no provoca un resultado lesivo puede sufrir el decomiso de su automóvil según la relación de los arts. 379.1 y 385 bis. Si A atropella y lesiona a B, siendo que esta infracción -la de resultado- es la más gravemente penada (art. 152.1.1° en relación con el art. 147.1 CP), será aplicable el artículo 127.2, con lo cual el comiso no tendrá lugar, ya que la pena prevista no supera el año de privación de libertad.

Cree el mismo autor que esto puede responder al errado concepto de dolo que se aplica a los delitos de peligro, pues se está incluyendo en ese concepto el dolo propio de las conductas realizadas con imprudencia consciente cuando se sancionan como delitos de peligro independientes, lo anterior a pesar de que el dolo que contempla el artículo 127.1 es solo de lesión.[268] Por tanto, se debe concluir que el art. 385 bis supone una excepción al régimen general del comiso que provoca las incongruencias ya mencionadas.

Finalmente, cabe apuntar en relación con este comiso el mismo problema que contiene el art. 127 CP en cuanto al comiso de efectos e instrumentos, a saber, que no se toma en cuenta el tema de la peligrosidad.[269] Si el vehículo no es peligroso intrínsecamente (que salvo profundas modificaciones, no lo es) y no hay peligro de que vuelva a ser empleado en la comisión de infracciones, su comiso no tiene razón de ser. Situación distinta es que sea el bien que a la postre sirva para satisfacer otras responsabilidades del condenado, p. ej., las civiles.

En cuanto al destino de lo decomisado, indicar que como el vehículo es un bien de lícito comercio lo procedente será que el producto de su venta se destine al

---

[267] "Artículo 382.
Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado."

[268] MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "La reforma de la LO 5/2010 y los delitos contra la seguridad vial." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, pp. 527-529.

[269] Entiende que el criterio a seguir debería ser la peligrosidad objetiva del vehículo, CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 716.

pago de las responsabilidades civiles, en concreto, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).[270] Ahora, si no se dan estas responsabilidades, o se satisfacen con parte del producto de la venta, lo restante deberá trasladarse a las arcas del Estado, pues del listado de responsabilidades pecuniarias que prevé el art. 126 CP, solamente la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios constituyen responsabilidades civiles, en tanto que las demás no (p. ej., el pago de las costas o de las multas impuestas).[271]

III. Regulación del comiso en los delitos relacionados con el tráfico de drogas (artículo 374 del Código Penal).

A. Examen de artículo.

En su versión original, el artículo 374 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, contemplaba el comiso de las ganancias; del objeto material del delito (p. ej., las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas); de los efectos provenientes de la infracción y de los instrumentos que hayan servido para su comisión, algunos de los cuales incluso se enlistaban (vehículos, buques y aeronaves). También contenía una previsión de claro carácter procesal, referida a la aprehensión y puesta en depósito de los bienes, así como a su empleo provisional por la policía judicial.[272]

En el año 2003 la norma en cuestión fue modificada y ampliada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Ese texto es en esencia, el que está vigente en la actualidad, toda vez que a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, no se le introdujo ningún cambio.

---

[270] No se incluye la restitución pues como señalé en el capítulo IV, ésta consiste en la devolución de un bien y por tanto, solo tiene interés en los delitos consistentes en la privación de un bien a la víctima por parte del autor, lo que no sucede en los delitos contra la seguridad vial.

[271] Así lo señala GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 435.

[272] "Artículo 374.

1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado."

Este precepto, a diferencia del art. 127 CP al que remite, incorpora medidas procesales y administrativas relacionadas con los bienes decomisados. P. ej., sobre el análisis, conservación y destrucción de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (apartado 1.1°); la aprehensión o embargo y puesta en depósito de los bienes, medios, instrumentos y ganancias desde el inicio del procedimiento (1.2°); la posibilidad de que la policía judicial encargada de la lucha contra el tráfico de drogas emplee provisionalmente los bienes (1.3°) y la enajenación anticipada de los mismos (apartado 2). Hablamos en buena parte de simples medidas de aseguramiento, a fin de que se pueda cumplir con una eventual orden de comiso. Finalmente, se regula el destino de lo decomisado, consistente en su adjudicación íntegra al Estado (apartado 4). Se trata de disposiciones que en buena parte, se contemplan en otros cuerpos normativos, v.g., en el artículo 367 ter de la LECrim se regula el tema de la destrucción de las drogas, sin embargo, el mismo art. 367 sexie LECrim aclara que lo dispuesto en el Capítulo II bis, denominado *De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales*, *"se entiende sin perjuicio de lo que se establezca en normas especiales, particularmente en lo previsto por el artículo 374 del Código Penal…"* Dicho en otras palabras, lo señalado en el art. 374 CP es normativa especial en relación con la LECrim. Quizá lo desafortunado es que en un Código Penal se incluyan medidas procedimentales que deberían desarrollarse en otros cuerpos normativos, evitando que la norma material sea tan innecesariamente extensa.[273]

Antes de avanzar, quiero dejar clara mi posición en relación con esta norma. Entiendo que todas las disposiciones que no tienen relación con la figura jurídica del comiso no deberían estar incorporadas en el art. 374 CP. Esas normas, que en su mayoría tienen carácter procesal o administrativo, deben estar, p. ej., en la LECrim. Incluso, de algunas de ellas se pueden prescindir por completo, pues como ya señalé, en la LECrim hay una regulación lo suficientemente amplia para solucionar los mismos temas (p. ej., el de la destrucción de la droga). Del mismo modo, no es necesario reiterar en el art. 374 CP las reglas contenidas en el art. 127 CP, p. ej., lo relacionado con el comiso por valor equivalente. Aclarado esto, voy a estudiar cada uno de los apartados que contiene dicha norma y les haré las críticas que corresponda.

En el apartado 1, el art. 374 CP prevé expresamente el comiso del objeto material del delito (v.g., las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como los equipos, materiales y sustancias enumeradas en el cuadro I y II de la Convención de Viena[274]), lo que es afortunado, pues no siempre dichos bienes pue-

[273] Cree también inoportuna la presencia de normas procesales en el Código Penal, AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 21 y CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 712. En sentido contrario, MORALES GARCÍA, Oscar. "Artículo 374." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011, pp. 974-975.

[274] "Art. 374. 1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:…"

den categorizarse simultáneamente como instrumentos, efectos o ganancias y en ese tanto, su comiso no estaría avalado por el art. 127 CP.[275] También se prevé el comiso de los instrumentos y las ganancias (no así el del *producto* de la infracción).[276] De este inciso se suprimió el elenco (claramente innecesario)[277] de medios de transporte que podían ser considerados instrumentos, lo que no significa que no puedan ser considerados como tales.

La inclusión del objeto material de la infracción dentro del ámbito de aplicación del comiso es a mi modo de ver, la razón por la cual existe el art. 374 CP. Por

---

El apartado 1 del art. 374 remite al artículo 371 que en lo que aquí interesa, señala:

"Artículo 371 CP
1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos…"

[275] Según la FGE: *"Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso."* FGE, Circular N° 2/2005 de 31 marzo. Así también, ACALE SÁNCHEZ, María. *Salud Pública y Drogas Tóxicas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 135; MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *AP, op. cit.,* p. 534; ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 416; ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 29; PUENTE ABA, "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena." En: *AFDUC, op. cit.*, p. 859 y DELGADO LÓPEZ, "El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas." En: CIMÁS GIMÉNEZ, *Manuales de formación continuada, op. cit.*, p. 296.

[276] Contrario a lo que señala Sequeros Sazatornil, la norma usa el término ganancias y no el término producto. Dice ese autor: *"Tanto del contenido del art. 374 en su primitiva configuración como del actual se infiere la existencia de tres órdenes de efectos susceptibles de comiso o confiscación: a) El objeto material del delito, propiamente dicho, en el que se integran las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes…, así como también los efectos y sustancias precursoras aludidas en el artículo 371… b) los instrumentos del delito, identificados conforme a lo dispuesto en el artículo 127 CP con los "bienes, medios o instrumentos" con los que se haya preparado o ejecutado el delito, y c) el producto del delito, concepto en el que quedarían integradas las ganancias…"* SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. "Artículo 374." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010, p. 1439. Por las razones que expuse al analizar el tema de las ganancias brutas o netas se trata de una diferencia que no es baladí.

[277] Fue en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se eliminó la referencia a los vehículos, buques y aeronaves que contenía la norma y que como bien apuntó la doctrina, debían considerarse ejemplos innecesarios de instrumentos, que únicamente provocaba confusión. Así PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 18; AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 19; MORALES GARCÍA, "Artículo 374." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 974; PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 996; FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* pp. 262-263 y CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.*, p. 90.

tanto, la necesidad a futuro de esta disposición, dependerá de lo que se haga, en general, con los objetos materiales de cualquier infracción. Si se decide incluir en el art. 127 CP, es decir, como regla general, el comiso del objeto material, se puede prescindir del art. 374 CP.

En el art. 374.1.1° CP se permite que sea una autoridad administrativa y no una judicial quien disponga la destrucción de la droga, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Asimismo, se prevé que tras la firmeza de la sentencia se proceda a destruir *lo incautado.*[278] Con este término se alude a los bienes (en concreto, la droga, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas) que han sido intervenidos al iniciar el proceso. Tal parece ser que éste será un comiso objetivo, donde cabe la destrucción con independencia del resultado del proceso penal,[279] lo que es comprensible dada la naturaleza peligrosa de los bienes cuya destrucción se ordena. Esto, sin embargo, no exime al órgano jurisdiccional de ordenar el comiso en la sentencia.

En los puntos 4° y 5°, el artículo 374.1 prevé el decomiso por valor equivalente.[280] A diferencia de lo que sucede con el art. 127 CP, donde este decomiso es preceptivo, en el art. 374 CP tiene un carácter facultativo, ya que en el apartado 1.4° se indica que si por cualquier circunstancia no es posible el decomiso de los bienes y efectos indicados en el apartado 1, *podrá* acordarse el de otros por un valor equivalente. De igual forma, en el 1.5° se dice que cuando los bienes hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, se *podrá* acordar el decomiso de su valor sobre otros bienes que también pertenezcan a esos responsables, incluso de origen lícito. Se trata de disposiciones que a pesar de regular una misma forma de comiso, tienen una redacción diversa (p. ej., en cuanto a los bienes sobre los que recae la medida, el apartado 4° alude a los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior -es decir, los previstos en el apartado 3°- y por su parte, el apartado 5° habla de los bienes, medios, instrumentos y ganancias), lo que no conduce a dar claridad a la norma. Además, la figura jurídica se pudo regular en un único apartado, lo que también hubiese contribuido a evitar confusiones.[281]

---

[278] "Art. 374. 1....
1° Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación."

[279] En igual sentido, MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo II, Parte Especial, p. 993.

[280] "Art. 374. 1...
4° Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.
5° Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables."

[281] Tampoco cree necesaria la inclusión de dos reglas distintas, AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 22.

El apartado 1.4° tiene un problema adicional: el no señalar que el comiso por valor equivalente solo puede recaer sobre bienes *de los responsables*. Sin embargo, como los supuestos previstos en los apartados 1.4° y 1.5° deben interpretarse de manera integral, se puede concluir que lo que se regula es el comiso de bienes *de los responsables* del hecho cuyo valor sea equivalente a los que, en principio, se debían someter a comiso. Esta interpretación, importante acotar, no excluye la necesidad de una reforma legal que permita al juzgador tomar en cuenta si el autor o partícipe ha sido o no responsable de frustrar el comiso.

Finalmente, si bien no se hace mención al comiso subrogatorio, como esta norma remite al art. 127 CP, habrá que entender que éste es igualmente aplicable, así como el comiso en caso de no imposición de pena, ambas modalidades previstas en el mencionado art. 127 CP.

La previsión del comiso por valor equivalente de algunos de los bienes enunciados en el artículo 374.1 CP pone de manifiesto el carácter punitivo de la medida. Véase que con independencia de la peligrosidad de los efectos, instrumentos o de los solo pueden catalogarse como objetos materiales de la infracción (p. ej., la droga misma), en caso de que *por cualquier circunstancia* no sea plausible su comiso, la medida recaerá sobre otros bienes por un valor equivalente. Como señalé en el tercer capítulo, esto solo se explica por el deseo de sancionar o punir. A mi modo de ver este problema no se da tratándose de las ganancias, pues el fundamento de su comiso no radica en el hecho de que sean peligrosas, sino en la presencia de un beneficio patrimonial antijurídico que se debe suprimir, de ahí que sea admisible la previsión antes expuesta.[282] No obstante, también en relación con este comiso, de *lege ferenda* se debe tomar en cuenta si el autor o partícipe del hecho ha sido responsable de frustrar el comiso.

Aunque el art. 374 CP regula la intervención u ocupación judicial de los bienes que tienen relación con el delito y las medidas cautelares que se pueden imponer para asegurar los resultados del proceso, entiendo que el comiso por valor equivalente solo tiene lugar una vez que el órgano jurisdiccional respectivo ha concluido que no es plausible el comiso de los bienes directamente vinculados con la infracción. Es decir, con base en lo indicado en los puntos 4° y 5° del artículo 374.1 CP, no se puede autorizar desde las primeras diligencias una intervención sobre los bienes del imputado que no se vinculan con la infracción, ya que según se desprende del punto 2° del artículo 374.1 CP, esa clase de medidas de carácter provisional deben

[282] En este sentido REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Diario La Ley.* N° 6193, Sección Doctrina, 18 Febrero de 2005, Año XXV, apartado V. 1. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx. En sentido diverso, Oscar Morales García considera que el comiso de bienes por valor equivalente a las ganancias también expresa la finalidad retributiva que ahora se asigna a esta medida: *"No se trata, como, en la anterior redacción, de perseguir los bienes objeto del comiso con independencia de las modificaciones que hubieren podido experimentar… lo cual indica una adecuada política criminal tendente a impedir que el sujeto activo pueda obtener beneficio alguno de su actividad. Se trata, por el contrario, de garantizar la obtención de un precio equivalente por el Estado, destinatario último de los bienes decomisados, aun cuando el autor hubiera perdido toda opción sobre ellos."* MORALES GARCÍA, "Artículo 374." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 976.

recaer sobre *los instrumentos, efectos y ganancias del delito únicamente* (nótese que la norma habla expresamente de *bienes, medios, instrumentos y ganancias*).[283] Para disipar cualquier duda acudo a la jurisprudencia, que ha sido categórica al marcar la distinción entre la intervención de bienes contemplada en ese punto 2° del art. 374.1 CP, como medida que pretende asegurar la posterior efectividad del comiso y el comiso mismo, que resuelve de forma definitiva sobre la titularidad de los bienes.[284]

El apartado 2 del art. 374 CP es una norma claramente procesal, dirigida a autorizar la enajenación anticipada de los bienes en ciertas circunstancias, a saber, cuando se haga expreso abandono de los bienes por su propietario; cuando su conservación pueda ser peligrosa para la salud o seguridad públicas, o supone una disminución importante de su valor, o afecta su uso y funcionamiento habitual de manera grave. También cabe en relación con los bienes que se deprecien por el paso del tiempo, aunque no sufran deterioro material.[285] Son hipótesis idénticas a las

---

[283] "Art. 374.1...
2° A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias."

Es de una opinión distinta MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004, p. 1669. Esta autora cree que la norma permite una interpretación distinta que puede suponer arrasar el patrimonio del imputado aun de origen lícito, *"...de quien ha cometido un hecho delictivo y no le han podido ser ocupados los efectos o instrumentos del mismo, transmutando lo que es definido legalmente como una consecuencia accesoria del delito... en una expropiación judicial de los bienes del delincuente, aun cuando no guarden relación con el delito ni se haya probado proceden del mismo."*

[284] STS N° 1555/2002 de 30 de septiembre. También la STS N° 231/2009 de 5 de marzo, que en lo que interesa, señala: *"Es cierto que la regulación del comiso, completada por la reforma de la LO 15/2003, 25 de noviembre,..., ha dado lugar a fundadas críticas doctrinales por lo que se considera un panorama jurídico verdaderamente perturbador. Es cierto también que la regulación del art. 374 del CP propicia una visible confusión entre instituciones jurídicas diferentes. De un lado, el comiso, entendido como una verdadera expropiación judicial o pérdida de la titularidad definitiva de los instrumentos y efectos del delito, de naturaleza penal y por tanto sometida al principio acusatorio; de otra parte, la intervención u ocupación judicial de esos mismos efectos o instrumentos, de significación netamente procesal, regulada en los arts. 334 y siguientes de la LECrim, de carácter transitorio, a resultas de la causa y que no implica inicialmente una privación de la titularidad de aquellos bienes, pudiendo ser decomisados o devueltos a su titular en el momento del archivo definitivo de la causa. Precisamente por ello, en ningún caso se admitirán durante el sumario reclamaciones ni tercerías que tengan por objeto la devolución de los efectos que constituyen el cuerpo del delito, cualquiera que sea su clase y la persona que los reclame (art. 367 LECrim.) De distinta significación jurídica son las medidas cautelares reales, sin otro objetivo que asegurar el pago de las responsabilidades civiles derivadas del hecho ilícito (arts. 589 y siguientes de la LECrim)."* Entiendo que de forma equivocada, Gallego Soler habla de la posibilidad de ordenar un *decomiso provisional*, que se produce de forma cautelar en la fase de instrucción. GALLEGO SOLER, José Ignacio. "Art. 374." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 821. Esto en realidad no es un decomiso. La intervención con carácter provisional de los bienes, no se puede confundir con una medida que solo se produce en sentencia y que resuelve en definitiva sobre la titularidad de los bienes.

[285] "Art. 374. 2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:
a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.
b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento

contempladas en el art. 367 quater LECrim, aunque en esta última se plantean algunas más en las que se autoriza esa enajenación previa a la firmeza del fallo, p. ej., cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto (apartado c). Como lo expuesto en la LECrim es normativa de carácter general, aplicable sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales como la que estoy examinando, nada impedirá que de presentarse un caso que no esté contemplado en el art. 374 CP se pueda acudir a ella.

Si bien no se pueden establecer cuestionamientos en relación con las medidas procesales dirigidas al aseguramiento de los bienes, la situación cambia con la posibilidad de enajenar los bienes sin que haya una sentencia firme,[286] no solo porque contraviene el principio de inocencia, sino también porque según la norma general, la ejecución de cualquier consecuencia punitiva está condicionada por la firmeza de la sentencia, según se desprende de los arts. 3 CP y 988 LECrim.[287] De esta manera, tal posibilidad debería aplicarse de forma excepcional, limitada a supuestos muy reducidos[288] (p. ej., cuando el propietario haga expreso abandono de los bienes[289], o cuando su conservación pueda afectar gravemente su uso y funcionamiento), excluyendo otras hipótesis donde la necesidad de enajenar en contra de los derechos del titular no es tan clara, p. ej., la enajenación de los bienes que sin sufrir

habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.
Cuando concurran estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.
El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido."

[286] Aguado Correa cree que la enajenación sólo podrá tener lugar una vez pronunciada la sentencia, aunque sin necesidad de esperar a su firmeza. AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* p. 22. No comparto esta afirmación, básicamente porque dentro de las hipótesis en las que se autoriza la enajenación anticipada figura la peligrosidad que acarrea la conservación del bien, situación que claro está, debe solventarse desde que se presenta, siendo irrelevante la etapa en que se encuentre el proceso.

[287] De esta opinión también es PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* pp. 23-24. Para Abel Souto dicha disposición es inconstitucional. Así, ABEL SOUTO, Miguel. "Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003." En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.* Madrid, La Ley, N° 20, Sección Estudios, octubre 2005, p. 24.

[288] Para Zaragoza Aguado la excepción será la enajenación, en tanto que la regla general debe ser la conservación de los bienes para garantizar a su titular la devolución y restitución en caso de que no se aprecie responsabilidad alguna. ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 425 y ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 39.

[289] El abandono por parte del propietario transforma el bien en *res nullius* susceptible de ser adquirida por ocupación por el Estado. Así, CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* pp. 98-99. Otros cuestionan esta hipótesis, pues *"Presumir legalmente que la previa retención judicial del bien… se transmuta en ocupación legítima por parte del Estado de la res derelictae y que sobre la base de este título puede enajenarlos es mucho suponer jurídicamente."* MAGALDI PATERNOSTRO, "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, p. 1674.

deterioro material se deprecien por el paso del tiempo;[290] o de los bienes cuya conservación pueda ser peligrosa para la salud o la seguridad pública, ya que si se configura una situación de peligro, lo procedente es la destrucción del bien y no su venta anticipada.[291]

Quizá quepa realizar estos mismos cuestionamientos en relación con la posibilidad de autorizar el empleo de los bienes por parte de la policía judicial antes de que haya una resolución firme en la que se ordene su comiso (art. 374.1.3°[292]). Nótese que si bien dicho apartado habla del *objeto del comiso*, en realidad se trata de bienes que únicamente han sido intervenidos y sobre los cuales no se ha dictado un pronunciamiento definitivo.[293] Creo que la única forma de subsanar lo anterior es prever expresamente una indemnización para el titular del bien cuyo comiso no se ordene, por los daños y perjuicios que aquel uso haya podido causarle.[294]

Siempre en esta línea de ideas, en el apartado 3 se prevé la facultad de que la autoridad judicial declare la nulidad de los actos o negocios jurídicos en razón de los cuales se haya trasmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes mencionados en la norma[295], lógicamente a favor de terceros (pues si el titular fuese el imputado los bienes serían decomisados directamente). Se trata

---

290 *"... el deseo de evitar esta devaluación (y la consiguiente pérdida de ingresos para el Estado cuando finalmente enajena los bienes decomisados tras la sentencia firme), provocada principalmente por la inevitable duración del proceso o por la lentitud de la justicia, no es fundamento válido..."* PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 1001.

291 PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 26.

292 "Art. 374.1.3° La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas."

293 Como apunta Magaldi Paternostro, precisamente por eso la norma habla de que ese uso será *mientras se sustancia el procedimiento*. MAGALDI PATERNOSTRO, "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, p. 1672.

294 Cree que el afectado tiene derecho a esa indemnización en caso de que el bien haya sufrido algún deterioro o menoscabo, ACALE SÁNCHEZ, *Salud Pública y Drogas Tóxicas, op. cit.,* p. 136; FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 266. Para Manzanares Samaniego, esa autorización ha motivado frecuentes reclamaciones patrimoniales al amparo de los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y del art. 292 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y es difícil saber si el reclamo se debe dirigir contra el Ministerio de Justicia o contra el Ministerio del Interior, o contra ambos. Entiende que la reclamación por el deterioro del objeto debería dirigirse contra el Ministerio de Justicia: *"El propietario tiene derecho a la devolución del vehículo en las mismas condiciones en que fue aprehendido, a salvo únicamente los naturales efectos del transcurso del tiempo, y eso sin perjuicio de la oportuna indemnización si aquellos se hubiesen acrecentado por una injustificada prolongación del proceso, lo que sería funcionamiento anormal de la Administración de Justicia... Cuando el Estado adelanta el disfrute de algo aún no decomisado, y por ende de propiedad ajena, debe aceptar el riesgo de la devolución de la cosa a su dueño con la indemnización que proceda como consecuencia de aquel uso."* MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo II, Parte Especial, pp. 994-995.

295 "Art. 374. 3. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas."

de una disposición que debe analizarse con cuidado, pues una cosa es que se pueda hacer esta declaración en casos de fraude de ley y otra es que pueda hacerse en cualquier hipótesis fáctica, desconociendo los derechos de terceros de buena fe, no responsables del delito y que han adquirido el bien legalmente. Solo ante el fraude de ley será procedente, toda vez que el art. 374 remite expresamente al art. 127 CP y en éste el comiso puede afectar bienes de terceros salvo en los supuestos ya contemplados (que no sea de buena fe, que tenga responsabilidad en el hecho o que haya adquirido el bien de modo ilegal). Además de esto, la declaración de nulidad no debería producirse de oficio. Siendo un tema que requiere discusión, lo mínimo que puede demandarse es que las partes interesadas formulen una solicitud con ese propósito, en los mismos términos que sucede con el comiso.

Hay autores que consideran que la nulidad del concreto acto o negocio jurídico sólo será admisible en casos de una irregularidad patente y en los cuales no se necesite de discusión judicial.[296] No comparto esta postura, pues el legislador autorizó el comiso de bienes de terceros y pacíficamente se admite que no basta la titularidad formal para resolver sobre el comiso, porque en el ámbito penal se busca la verdad real. Precisamente por esto se admite la aplicación de la teoría del levantamiento del velo.[297] Dicho lo anterior y reconociendo que el comiso resuelve de forma definitiva sobre esa titularidad, es absurdo negar al juez la posibilidad de declarar la nulidad del negocio jurídico cuando con base en las pruebas, tiene por demostrado el fraude subyacente (con independencia de que ese fraude haya sido evidente o no). Ahora, se debe aplicar la normativa civil en cuanto a la nulidad de los contratos, sobre todo para salvaguardar los derechos de los terceros que no tengan vínculos con la infracción. Me refiero al art. 1305 CC, que señala: *"Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido."*[298]

Algunos autores critican que el art. 374 CP no remita expresamente al art. 128 CP, pues parece autorizar a los órganos jurisdiccionales para comisar el patrimonio de los responsables sin considerar el principio de proporcionalidad.[299] Como adelan-

[296] Así PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* pp. 27-28; PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 1003 y REY HUIDOBRO, "Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado V. 3.

[297] De esta opinión p. ej., ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* pp. 34-35.

[298] En igual sentido, Aguado Correa cree que esta norma permite dilucidar la protección que debe recibir el tercero de buena fe o el destino del objeto del contrato. AGUADO CORREA, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *RECPC, op. cit.,* pp. 23-24.

[299] MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 49 y PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 21.

té, la doctrina[300] y la jurisprudencia[301] de manera unánime, estiman que la norma mencionada es aplicable en esta materia. Aunque las bondades de esta interpretación son claras, no se puede negar que la aplicación del principio de proporcionalidad enfrenta un problema adicional, pues el numeral 128 exige para su aplicación la satisfacción de las responsabilidades civiles y en el 374 se niega expresamente tal posibilidad, disponiéndose que lo decomisado pase íntegramente al Estado.[302] Así las cosas, o el responsable satisface de otra manera sus responsabilidades civiles, o se concluye que no existe proporcionalidad entre el valor de los bienes de lícito comercio a decomisar con la naturaleza o gravedad de la infracción penal (recordemos que el artículo 128 prevé dos hipótesis en las que es viable su aplicación, a saber, la mencionada desproporción, o el hecho de que se hayan satisfecho por completo las responsabilidades civiles).

El legislador no incluyó en el ámbito de aplicación del art. 374 CP el delito previsto en el art. 373 CP y que en lo que interesa, sanciona la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 al 372 CP. Se trata de una decisión ciertamente incomprensible, que en todo caso no supone que esos casos estén exentos de un eventual comiso, ya deberá aplicarse la regla general prevista en el art. 127 CP.[303]

Sobre el destino de los bienes decomisados, el art. 374.4 CP dispone su adjudicación al Estado y excluye expresamente tanto la satisfacción de las responsabilidades civiles[304] (lo que marca una clara diferencia con el art. 127 CP), como el pago de las costas procesales. Aunque se trata de una disposición excepcional que afecta

---

[300] Vid. SEQUEROS SAZATORNIL, "Artículo 374." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 1440; PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, pp. 647 y 659; MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 52; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* pp. 79-80; PUENTE ABA, "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *AP, op. cit.,* p. 998; FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 263; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, pp. 1360-1361; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.). *El delito de tráfico de drogas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 275-276; PUENTE ABA, *La regulación del comiso en el Código Penal Español, op. cit.,* p. 21 y ACALE SÁNCHEZ, *Salud Pública y Drogas Tóxicas, op. cit.,* p. 133, entre otros autores.

[301] Véase p. ej., las SSTS N° 9/2005 de 10 de enero; 314/2007 de 25 de abril y 397/2008 de 1 de julio.

[302] Art. 374.4 CP. Con esta misma orientación, léanse las Circulares de la FGE, N° 1/2005 y 2/2005, ambas de 31 marzo.

[303] En sentido contrario, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, p. 1360. Para ella esta exclusión es lógica, ya que los actos preparatorios del artículo 373 están referidos a relaciones personales y no a la preparación material en la que aparezcan bienes decomisables. Tal posición no me parece de recibo, pues será a través de la casuística (es decir, no se pueden establecer reglas generales), que se determinará si cabe hablar de efectos, instrumentos o ganancias en relación con las conductas previstas en el art. 373 CP. De momento, se me ocurre un supuesto: A ofrece a B, esposa de C, una importante cantidad de dinero a cambio de que proponga a su esposo la integración en una organización dedicada al narcotráfico.

[304] "Art. 374. 4 CP. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado."

a quienes tengan pretensiones en el ámbito civil, por la naturaleza de las infracciones a las que se aplica (actividades vinculadas con el tráfico de drogas), lo normal es que no existan víctimas que puedan hacer reclamos civiles al autor o partícipe de la infracción.[305]

Siempre en relación con el comiso en esta materia, cabe mencionar el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, mismo que se explicó al abordar el tema del comiso ampliado y según el cual *"El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio"*.[306] Se trata de un acuerdo que los operadores jurídicos aplican pacíficamente, requiriendo solo que se demuestre que las ganancias proceden del narcotráfico, en concreto, de operaciones previas a la que está siendo juzgada.[307] A mi modo de ver es un acuerdo que roza los límites de lo inconstitucional, por quebrantar el principio de legalidad, ya que el comiso *ordinario* -por llamarlo de alguna manera-, según está regulado en el art. 127 CP, recae sobre los efectos, instrumentos o ganancias provenientes de la infracción *(entiéndase, la infracción que está siendo sometida a juicio) y no* sobre las ganancias que proceden de *actividades delictivas anteriores a esa*. Como señalé al examinar el comiso ampliado, hubiese sido necesario dar fundamento legal a este acuerdo, sin embargo, la forma en la que lo hizo el legislador no fue la idónea, pues al art. 127.1 párrafo 2 se le pueden hacer muchas críticas, empezando por el empleo de una presunción legal.

Finalmente, indicar que el art. 374 CP se aplica también en relación con el delito de blanqueo de capitales, cuando los bienes sometidos a blanqueo proceden de algunos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP (así art. 301.1 párrafo 2 CP).[308] Estimo que legislador limitó la aplicación del comiso previsto en el art. 374 CP

---

[305] Según Magaldi Paternostro, por su estructura típica los delitos relativos al tráfico de drogas no generan responsabilidad civil. MAGALDI PATERNOSTRO, "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, op. cit.,* Tomo II, p. 1676. Vid también ZARAGOZA AGUADO, "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA; FABIÁN CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica, op. cit.,* p. 428; ZARAGOZA AGUADO, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, *CDJ, op. cit.,* p. 42 y REY HUIDOBRO, "Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado V. 4.

[306] RUEDA GARCÍA, "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.,* p. 228.

[307] P. ej., en la STS 1103/2005 de 22 de septiembre, se dejó sin efecto el comiso sobre un vehículo y unos saldos bancarios pues no se demostró que procedieran del narcotráfico. En la N° 9/2005 de 10 de enero, el TS confirmó el comiso, ya que en su criterio, la sentencia recurrida fundamentó correctamente la conclusión de que los bienes (el dinero ingresado en unas cuentas bancarias y encontrado también en una bolsa) tenían una procedencia ilícita. Con una orientación parecida a la antes reseñada, véase además la STS N° 1030/2003 de 15 de julio.

[308]"Artículo 301.

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena

a las hipótesis dolosas reseñadas en el art. 301.1 CP, de ahí que si p. ej., por imprudencia grave se legitiman bienes procedentes del narcotráfico (supuesto fáctico previsto en el artículo 301.3 CP), el comiso de los bienes deberá regirse por el art. 127 CP, lo que desde mi óptica no tiene ninguna justificación, máxime si se considera que esos bienes pueden no tener la condición de efectos, instrumentos o ganancias, con lo cual es necesario prever su comiso de forma expresa.

También creo que el art. 374 CP deberá aplicarse a las conductas descritas en el artículo 301.2 (ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de los delitos contemplados en el artículo 368 a 372 del CP o de un acto de participación de ellos), básicamente por dos razones. La primera, porque ese segundo apartado conforma también el tipo básico.[309] La segunda, porque en él se hace una expresa remisión al primer apartado. Otras particularidades del art. 301 CP las trataré en el próximo acápite, v.g., el concepto de bienes que emplea dicho numeral y en virtud del cual el comiso puede extenderse mucho más allá de los simples efectos, instrumentos y ganancias.

Finalmente y a efectos de formular una propuesta de *lege ferenda*, creo que en el art. 374 CP, se debe prescindir de toda referencia al delito de blanqueo de capitales. Por una cuestión de orden, me parece mejor que sea en éste (entiéndase, en el art. 301 CP) que se regule el comiso del objeto material del delito, remitiendo claro está, al art. 374 CP cuando los bienes blanqueados procedan de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 373 CP.

B. Algunos datos estadísticos sobre el comiso de bienes por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

Salvo excepciones puntuales, en España no se cuenta con información estadística sobre los bienes decomisados.[310] Uno de esas excepciones se articula en torno al

---

de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código…"

[309] Señala que el apartado 2 es también parte del tipo básico, ZARAGOZA AGUADO, "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.*, p. 1160.

[310] Para Blanco Cordero, esta vacío hace imposible determinar a nivel europeo y nacional si son útiles los esfuerzos realizados contra la delincuencia que genera grandes beneficios. BLANCO CORDERO, "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha

negocio de las drogas. La Ley 17/2003 de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, es una regulación específica sobre el destino que se debe dar a los bienes decomisados en ciertas materias, en concreto, narcotráfico, blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico y contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o sustancias catalogadas como precursores. Según el art. 1 de esa ley, los bienes se integrarán en el Fondo de Bienes Decomisados,[311] mismo que se invertirá en la prevención y lucha contra el narcotráfico y las conductas criminales que se asocian a este fenómeno (art. 2).[312]

La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas es el órgano encargado de administrar y enajenar, ejecutando los acuerdos de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones,[313] los bienes decomisados y adjudicados al Fondo.[314] Anualmente rinde un informe sobre los aspectos más importantes de su gestión y algunos datos *sobre las cantidades líquidas decomisadas y otros bienes* (específicamente vehículos, inmuebles, embarcaciones, joyas y *objetos*). Importante señalar

---

contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit.,* p. 377.

311 "Esta Ley tiene por objeto:
1° Regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de comiso en aplicación de los artículos 374 del Código Penal y 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando en este último caso dichos bienes, efectos e instrumentos se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de sustancias catalogadas como precursores, así como de los decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el artículo 301.1, párrafo segundo, del Código Penal, y que por sentencia firme se adjudiquen definitivamente al Estado y del producto obtenido por la aplicación de las sanciones y del comiso previsto en la Ley 3/1996, de 10 de enero o en cualquiera otras disposiciones normativas relacionadas con la represión del narcotráfico."
Sobre este tema, véase la FGE, Circular N° 2/2005 de 31 marzo.

312 "Artículo 2. Fines.
Los fines a los que se destinará este fondo serán los siguientes:
1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos.
2. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:
a) Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos citados en el artículo 1.
b) Adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos.
c) El reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.
3. La cooperación internacional en la materia."
Sobre esta ley, léase GASCÓN INCHAUSTI, "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *CDF, op. cit.,* p. 36-37.

313 Según el art. 6 de la Ley 17/2003, la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones es la que tiene las competencias más importantes en el manejo del Fondo.

314 Se expone de esta manera en los *Informes sobre la actividad del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados* correspondientes a los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. Facilitados por MONTERO DURÁN, Luis. Jefe de Área. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

que con el término *objetos* se comprenden todos los bienes que no encuadran en alguna de las categorías antes mencionadas.[315]

Con los informes se demuestra que desde 1996, el decomiso de *vehículos* y *objetos* predomina sobre el de otros tipos de bienes (embarcaciones, inmuebles y joyas). Así p. ej., en el año 2009, *los vehículos*, con 985 decomisos, representó el 44,21% del total de los decomisos de bienes gestionados en el año (2228 decomisos) y *los objetos*[316] con 768 decomisos, el 34,47% del mismo total. En el año 2010, el comiso de vehículos representó el 49% del total de los decomisos de bienes y el de los objetos el 36% de ese total. Finalmente, en el año 2011 esta dinámica se repitió, pues el comiso de vehículos supuso el 47% del total y el de los objetos un 40%.

Tratándose de las cantidades líquidas decomisadas, incluidos los activos financieros que requieren algunos trámites para convertirlos en dinero líquido, el número de decomisos gestionados en el 2009 ha sido de 2399, mayor que el gestionado en 2008, a saber, 2274 decomisos. Asimismo, durante el año 2009 se han ingresado en el Tesoro Público 22.258.841,10 euros. En el 2010, el número de decomisos gestionados ha sido de 2146, inferior en número a los gestionados en 2009, pero muy superior en la cantidad ingresada, en concreto, 30.813.489,89 euros. Esta cantidad además, es la mayor que se ha ingresado hasta la fecha. En el 2011 la cantidad ingresada descendió notablemente (se ingresó al Tesoro la suma de 15.864.873,51 euros), sin embargo, el número de comisos efectuados fue superior al alcanzado en 2010 (en 2011 se realizaron 2360 decomisos). Aunque por su procedencia no se pueden hacer predicciones en cuanto a las cantidades líquidas a decomisar, tras estudiar los informes, lo que se puede concluir es se trata de sumas considerables, que superan como mínimo los diez millones de euros (así, v.g., en 2006 se ingresaron casi 17 millones de euros y en 2007, 11.322.226 euros).

Los informes, lamentablemente, no especifican si esos bienes (que como señalé antes se catalogan en: cantidades líquidas decomisadas y otros bienes -desglosados a su vez en vehículos; inmuebles; embarcaciones; joyas y objetos-), son efectos, instrumentos o ganancias de la infracción; si proceden de casos en los que se impuso una pena, o solo se demostró un injusto penal y una situación patrimonial antijurídica; o finalmente, si son ganancias provenientes de actividades anteriores a la enjuiciada, con lo cual es imposible asegurar que el comiso, en particular el comiso de las

[315] Esto es así desde 1996. Así se extrae del *Informe sobre la actividad del Fondo* correspondiente al año 2001. La categoría *otros bienes* están integrada por *vehículos* (automóviles, camiones, furgonetas, motocicletas, etc.); *inmuebles* (pisos, chalets, oficinas, plazas de aparcamiento, etc.); *embarcaciones* (barcos de pesca o deportivos, barcas, lanchas, veleros, etc.); *joyas* (relojes de pulsera, adornos de oro, plata, piedras preciosas etcétera) *y objetos* (donde se incluyen todos aquellos decomisos no clasificados en alguno de los anteriores, como baratijas, electrodomésticos, ropa, material audiovisual, teléfonos, muebles y demás enseres decorativos, así como bienes de naturaleza más compleja como sociedades mercantiles. Los decomisos de joyas y objetos por sus características, son contabilizados por lotes para su enajenación, entiéndase, se agrupan varias piezas en un mismo lote, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la homogeneidad del precio de los lotes y su atractivo para los potenciales compradores. (p. ej., vehículos; inmuebles, embarcaciones, joyas, etcétera). *Informe sobre la actividad del Fondo* correspondiente a 2009, *op. cit.,* pp. 13-14, e *Informe sobre la actividad del Fondo* correspondiente a 2010*, op. cit.,* pp. 12-13.

[316] Como ya indiqué, bajo ese nombre (*objetos*) se comprende una gran cantidad de bienes.

ganancias, ha ido en aumento; o si las reformas legales hechas años atrás, o inclusive, el acuerdo del TS de 5 de octubre de 1998, han tenido algún impacto en esta materia.

IV. Comiso y blanqueo de capitales (artículo 301, apartados 1 y 5 del Código Penal).

La LO 5/2010, de 22 de junio, no introdujo cambios en el art. 301 CP que estén relacionados con el comiso. La regulación, por tanto, se mantiene igual desde la reforma operada a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

El artículo 301 plantea dos cuestiones importantes en relación con el comiso. La primera expuesta en el anterior acápite. Cuando las conductas de blanqueo se realizan en relación con bienes vinculados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 a 372 CP), el comiso se regulará por lo dispuesto en el art. 374 (véase al respecto el art. 301.1 párrafo 2 CP[317]). Para todos los demás casos, el comiso deberá regirse por lo indicado en el art. 127 CP, no solo porque ésta es la norma general, sino porque también así lo dispone el art. 301.5, refiriéndose solamente a las ganancias: *"Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código."*

Ahora, de este apartado 5 se puede prescindir, pues el art. 127 CP siempre deberá aplicarse y el comiso de las ganancias está previsto en él.[318]

---

317 "Art. 301 CP
1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.
La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código…"

318 También lo cree FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 127; GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Art. 301." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo I, 2004, p. 1167; REBOLLO VARGAS, Rafael. "Receptación y blanqueo de capitales." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 788 y MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la*

En el art. 301 CP el objeto del blanqueo son los *bienes*. Es un término sumamente extenso, que según el Código Civil alude a "*Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación...*" (Art. 333 CC). Asimismo, con él, la normativa supranacional comprende "*…los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.*"[319] En suma, el término *bienes* puede comprender no solo los efectos, instrumentos o ganancias mencionados en el art. 127 CP, sino prácticamente todo producto de una actividad delictiva[320] y las transformaciones que estos experimenten. Veamos un ejemplo. El art. 301.1 CP sanciona convertir bienes a sabiendas de que se originan en una actividad delictiva para ocultar su origen ilícito. Con el propósito antes señalado, A compra un inmueble con una importante cantidad de dinero que le da B, a sabiendas de que es la ganancia que B obtuvo como consecuencia de un delito de venta de material pornográfico en cuya elaboración han intervenido menores de edad (art. 189.1.b CP). En este caso *el bien* (el dinero), es el objeto sobre el que recae la acción típica (convertir) y simultáneamente, es el instrumento con que se comete la infracción -el blanqueo-.

Cuando los objetos del delito no son simultáneamente efectos, instrumentos o ganancias de la infracción surge el problema. Tenemos dos situaciones. La primera, cuando los bienes blanqueados proceden de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP. La segunda, cuando los bienes proceden de otros delitos.

En el primer caso, el comiso se rige por lo señalado en el art. 374 CP, que en su apartado 1 contempla el comiso de *los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código*. Tenemos dos formas de interpretar esta frase. La primera, entender que se contempla el decomiso de *cualquier bien* (p. ej., el objeto material) aunque no sea simultáneamente un instrumento, un efecto, o una ganancia. La segunda, entender que el término *bien* se incorporó al art. 127 CP como sinónimo del término *instrumento*. Aunque el art. 374 CP no ofrece elementos que den fundamento a esta conclusión, lo cierto es que remite al art. 127 CP y en éste, se habla de los *bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado* la infracción. Esta frase confirma lo que estoy señalando. De esta manera, debo concluir que el objeto material del delito, cuando no sea un efecto, un instrumento o una ganancia, no puede ser sometido a comiso.

Cuando los bienes proceden de delitos distintos a los contemplados en los arts. 368 a 372 CP, se aplica el art. 127 CP y por ende, si el objeto material de la in-

---

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit., Tomo II, Parte Especial, p. 728.

[319] Artículo 1 inciso p), Convención de Viena. Es igual sentido se manifiestan las Convenciones de Palermo (artículo 2 apartado d) y Mérida (artículo 2 apartado d).

[320] Según Fernández Teruelo, como parte de esa tendencia expansiva que refleja la LO 5/2010, se sustituyó el término delito por el de actividad delictiva. FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 125.

fracción no es simultáneamente efecto, instrumento o ganancia, su comiso no procede.

Ante este panorama, creo que la respuesta idónea es prever de manera expresa el comiso del objeto material del blanqueo. Al igual que lo indiqué para los delitos relacionados con el narcotráfico, tenemos dos vías: incorporar el comiso del objeto material como regla general (entiéndase, en el art. 127 CP), o incorporarlo en el tipo penal del blanqueo de capitales, posición por la que me decanto en la propuesta de *lege ferenda*.

Ya en relación con el tipo penal, tradicionalmente se entendía que recogía la impunidad del autoencubrimiento, con lo cual los actos de aprovechamiento de los bienes provenientes de un delito en cuya ejecución se había intervenido, se consideraban actos posteriores impunes. Sin embargo, siendo que el delito de blanqueo se caracterizaba (y sigue haciéndolo) por tener una naturaleza autónoma frente al hecho previo y proteger una pluralidad de bienes jurídicos, muchas veces distintos al que tutelaba la infracción inicial, no podía negarse la viabilidad de un delito de blanqueo por parte del autor o partícipe en esa infracción previa.[321] El actual art. 301 CP resolvió este punto, al prever en su apartado 1 que la actividad delictiva de la que se originan los bienes puede haber sido cometida por el propio blanqueador o por cualquier otra persona. La reforma introducida mediante la LO 5/2010 también incluyó como conductas típicas la posesión y utilización de bienes a sabiendas de que tienen origen en una actividad delictiva, lo que supone una ampliación en el ámbito de aplicación de este tipo penal. Esta modificación no ha sido bien recibida por la doctrina,[322] máxime que unida al autoblanqueo puede llevar la aplicación del tipo penal a niveles absurdos. Sobre el tema, apunta Quintero Olivares, *"Resulta así que se tipifica la posesión como situación típica de blanqueo, y además, permite considerar autor del delito de blanqueo a los propios responsables del delito generador de los bienes. Si a la posesión o uso le añadimos la inclusión del autoblanqueo, tendremos que comete nuevo delito, por ejemplo, el que tiene un cuadro o una joya que él mismo ha robado, o el que utiliza un vehículo de motor que él mismo ha sustraído, y los ejemplos podrían continuar y multiplicarse hasta alcanzar niveles ridículos. La causa, por supuesto, está en la inclusión del autoblanqueo, que al combinarse con la posesión o uso produce esas extrañas consecuencias."*[323] Asimismo, hay quien considera que a

[321] En este sentido véase ZARAGOZA AGUADO, "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* pp. 1161-1162.

[322] Léase al respecto a FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 126; GALLEGO SOLER, José Ignacio. "Art. 301." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 666 y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "El blanqueo de capitales." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011, p. 464. A pesar de que este último autor considera una ampliación desmesurada del tipo incluir la posesión o uso de bienes, sí considera un acierto tipificar el autoblanqueo (*Ibídem,* p. 467).

[323] QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.,* p. 109. Igualmente QUINTERO OLIVARES, "Artículo 301." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 450

raíz de esta reforma legal los límites entre el comiso y la nueva figura penal del autoblanqueo por posesión se vuelven problemáticos. P. ej., Gallego Soler[324] y Quintero Olivares. Este último entiende que una primera lectura del artículo puede llevar a pensar que los partícipes en un delito responderán penalmente por ese delito y también por poseer los bienes con él obtenidos que de todos modos habrán de ser decomisados. Agrega que para evitar el *bis in idem* solo deberá sancionarse la posesión por el autor o partícipe cuando no sobrevenga el castigo por el delito previo.[325] En sentido contrario, Cadena Serrano cree que no hay impedimento para que se sancione a los propios autores de los hechos delictivos cuando incurran en conductas de blanqueo, p. ej., cuando ingresan sumas de metálico en las cuentas corrientes y que de hecho, ese es el deseo que se desprende de la normativa supranacional.[326]

Creo que la introducción del autoblanqueo y la mera posesión y utilización de los bienes genera confusiones de cara al comiso. P. ej., según el art. 127 CP es posible decomisar bienes de terceros cuando estos no sean de buena fe. Ahora, con la reforma del blanqueo, podría suceder que ese tercero se convierta en autor de un delito por poseer esos bienes.[327] En cualquier caso, lo que no se puede negar es que con estas modificaciones legislativas se facilita la configuración de los tipos penales y la consecuente imposición del comiso, pues ante la ausencia de pruebas que vinculen un bien con una determinada actividad criminal previa (exceptuando el tema del comiso ampliado, cuyo ámbito de aplicación es enorme), solo se requerirá demostrar que los bienes se originan en una actividad delictiva de cualquier clase. Una vez acreditado que el sujeto activo realizó una de las conductas descritas en el tipo -que como vimos, se han ampliado considerablemente-, esa sola condena permitirá el comiso de aquellos bienes, lo que quizá no se hubiese conseguido de otra manera. P. ej., no se pudo demostrar que A fue el autor o partícipe de un hecho criminal concreto y por ende, no se pudo condenar y ordenar el comiso de los bienes; sin embargo, si se pudo demostrar que poseía los bienes a sabiendas de su origen delictivo (sin que sea necesario que haya una sentencia que declare la existencia de ese hecho precedente, ya que éste se puede acreditar incluso por prueba indiciaria[328]), con

---

y QUINTERO OLIVARES, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil." En: *RECPC, op. cit.,* p. 13.

[324] *"...con la actual regulación del blanqueo (art. 301) que permite considerar delito el autoblanqueo, entendido como posesión de bienes que tienen su origen en una actividad delictiva cometida por el propio sujeto que los posee, será difícil encontrar ámbitos de aplicación diferenciada de ambas instituciones."* GALLEGO SOLER, "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO; MIR PUIG, *Comentarios al código penal: reforma 5/2010, op. cit.,* p. 300.

[325] QUINTERO OLIVARES, "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, op. cit.,* p. 110.

[326] CADENA SERRANO, Fidel Ángel. "La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010." En: *Jueces para la Democracia. Formación y debate.* Madrid, Jueces para la Democracia, N° 70, marzo 2011, pp. 67-68.

[327] En igual sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit.,* p. 126.

[328] Comparte esta tesis CHOCLÁN MONTALVO, "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, *EDJ, op. cit.,* p. 358. También ZARAGOZA AGUADO, "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 122. Se-

lo cual se configura el blanqueo y por ende, se avala el comiso. De esta forma el delito de blanqueo no solo contiene una regulación en cuanto al comiso, sino que es él mismo un medio para garantizar la eficacia de la medida antes mencionada.[329]

Antes de la reforma introducida con la LO 5/2010, el art. 302.2 CP contemplaba el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo cuando se tratase de organizaciones.[330] Esta norma, que ciertamente era bastante más amplia que el art. 127, ya que al mencionar expresamente los productos y beneficios indirectos autorizaba el comiso de los aprovechamientos, fue suprimida.[331] Según Fernández Teruelo, lo anterior quizá producto de un error legislativo (pues se sustituyó el contenido de este precepto al ser uno de los referidos en las antiguas consecuencias accesorias del art 129 CP aplicables a entidades jurídicas, por los nuevos preceptos sobre la responsabilidad de las personas jurídicas). Lo anterior puede impedir v.g., el comiso de las rentas obtenidas con el alquiler de una vivienda adquirida con dinero procedente de una actividad delictiva (productos), o el de las ganancias derivadas de su revalorización en una venta posterior (beneficios).[332] Según indiqué en acápites anteriores, este pro-

---

gún éste, *"... la consecuencia de su configuración como delito autónomo es que no se requiere ni condena previa ni proceso previo por el delito fuente, de manera que el origen criminal debe ser demostrado como un elemento más del delito en la propia investigación penal abierta con tal motivo."*

329 Para Choclán Montalvo el blanqueo permite sancionar los hechos impeditivos del comiso y la confiscación, consistentes en maniobras de ocultación del origen ilícito de los bienes y sirve de tipo de recogida cuando no se puede probar el vínculo de los bienes con el hecho concreto que se enjuicia. CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal, op. cit.,* pp. 80-81.

330 El artículo 302, según la modificación publicada el 26/11/2003, decía:

"1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta."

331 El texto del artículo 302 CP, tras la LO 5/2010, señala:

"Artículo 302.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

332 FERNÁNDEZ TERUELO, "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO; SÁNCHEZ STEWART, *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias*

blema también se presenta con la regulación general del comiso, pues el art. 127 CP usa la expresión ganancias. Lo deseable por tanto, es autorizar el comiso de las ganancias indirectas en la norma general, de manera que sea aplicable en cualquier caso y no solo en los de blanqueo, aunque con límites ciertamente, para evitar un comiso *ad infinitum*. Igualmente, no se debe supeditar la aplicación de este comiso a la existencia de una organización delictiva como lo hacía el anterior 302.2 CP, sino que se debe aplicar a cualquier delito.

Finalmente, de *lege lata* la opción de ordenar el comiso en caso de que se cometa un delito de blanqueo imprudente queda abierta con el art. 127 CP. Es una respuesta cuya importancia no se puede menospreciar, pues como bien señalan algunos autores, el blanqueo imprudente suele jugar un papel subsidiario en los casos en los que a pesar de ser probable, no se puede demostrar la comisión de un delito doloso de blanqueo, especialmente con dolo eventual.[333]

V. Decomiso en delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.3 del Código Penal).

El artículo 319.1 CP[334] sanciona a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autori-

y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), op. cit., p. 127.

[333] FERNÁNDEZ TERUELO, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley, op. cit.,* p. 11.

[334] "Artículo 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.

zables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o haya sido considerados de especial protección por los mismos motivos. En el apartado 2 de esa norma, se sanciona a los mismos sujetos que realicen las mismas conductas en suelo no urbanizable y en el apartado 3 se dispone el comiso preceptivo (usa la expresión *"En todo caso se dispondrá…"*) de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones experimentadas.

La previsión de un comiso preceptivo de las ganancias, producida con la LO 5/2010, de 22 de junio (pues antes de esa fecha el apartado 3 solo hacía referencia al tema de la demolición de la obra[335]) es desde mi óptica es innecesaria,[336] ya que en el art. 127 CP, de aplicación en cualquier caso que no esté sometido a un régimen especial, se prevé el comiso de las ganancias también con carácter preceptivo. Para Górriz Royo se trata de una alternativa a la demolición en caso de que ésta no sea posible o razonable, evitando así un enriquecimiento ilícito del infractor.[337] Esta

---

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

[335] En su versión original (LO 10/1995, de 23 de noviembre), el apartado 3 del artículo 319 señalaba:

"Art. 319.

…

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe."

[336] Lo cree de esta forma ACALE SÁNCHEZ, María. *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal.* Barcelona, Bosch S.A., 2011, p. 292; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* 18° edición, 2010, p. 575; MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia, op. cit.,* Tomo II, Parte Especial, p. 319 y TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: *Revista Jurídica de Catalunya.* Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX, p. 191. Finalmente, dice Martínez-Buján Pérez que el comiso ya resultaba aplicable a estos delitos al tenor del art. 127 CP. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, 2011, p.781.

[337] *"Por último, la reforma penal de 2010, ha introducido una referencia a la medida del "comiso", cuya imposición se ha previsto como obligatoria. Y ello por cuanto se alude a que "en todo caso", se impondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito. Parece que esta medida, cuyo régimen general ya era de aplicación a estos delitos (arts. 127-128 CP), se introduce a modo de recordatorio pudiendo haber sido pensada como alternativa a la demolición en casos en que ésta ya no sea posible. Es decir, en supuestos en que, por ejemplo, debido al trascurso del tiempo entre el momento de la ejecución del delito y la tramitación del proceso, cuando se dicta sentencia condenatoria, el edificio que se ha llevado a cabo como consecuencia de la constatada comisión de uno de los delitos del art. 319 CP ya ha sido legalizado. En este caso, aun cuando se condene por el indicado delito, en principio, no sería procedente la demolición; si bien podría aplicarse el comiso para evitar una especie de "enriquecimiento ilícito" a favor del infractor."* GÓRRIZ ROYO, Elena. "Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 377. Vid. también GÓRRIZ ROYO, Elena. "Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3º art. 319 CP (conforme a la lo 5/2010, de 22 de junio)." En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010, p. 187. En igual sentido se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010, p. 279 y Paz de la Cuesta Aguado, para quien la previsión era necesaria ante la

también es la opinión de Sanz Mulas;[338] Dopico Gómez-Aller y Pozuelo Pérez.[339] Desde mi punto de vista, en los términos en que está formulado el artículo (véase que usa la expresión *en todo caso*) el comiso de las ganancias deberá imponerse *siempre que proceda*, al margen de lo que acontezca con la demolición.[340] Situación distinta es que el legislador considere necesario recordar al operador jurídico que al margen de lo que se disponga en cuanto a la demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada a su estado originario, siempre subsiste la necesidad de acabar con los beneficios de contenido económico que haya obtenido el infractor. Pensemos en un ejemplo. Un inmueble se construye en un terreno no urbanizable que con el paso del tiempo adquiere la condición de urbanizable. Aunque la demolición carece de sentido, pues supondría un derroche de medios intolerable como señala Dopico Gómez-Aller y Pozuelo Pérez, eso no significa que el autor de la infracción urbanística pueda disfrutar las ganancias provenientes de ésta.[341]

Es importante aclarar que si bien no hay obstáculo para que en ciertas circunstancias lo construido sea también considerado una ganancia de la infracción,[342] lo común es que esa ganancia se materialice o aprecie una vez que se trasmite a

---

resistencia de los tribunales a aplicar el art. 127 CP en estos supuestos, de manera que se recuerda al juez que en caso de no ordenar la demolición debe ordenar el comiso. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011, p. 982.

338 SANZ MULAS, "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)." En: *La Ley Penal, op. cit.,* en concreto en el punto 3 del apartado V.

339 DOPICO GÓMEZ-ALLER; POZUELO PÉREZ, "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley, op. cit.,* apartado IV.

340 En igual sentido, la FGE señala: *"Ese erróneo uso subsidiario podría llevar a colegir que estamos ante dos medidas alternativas y que ante la ineficacia de una de ellas se podría optar por la otra. Lo cierto es, sin embargo, que la expresión o fórmula "en todo caso" que inicia el régimen de aplicación del comiso en el artículo 319.3 presupone que el comiso no se puede utilizar como última opción frente a la demolición sino que se aplicará en cualquier tipo de supuesto."* Circular 7/2011, de 16 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Medio Ambiente y Urbanismo. Disponible en: http://www.fiscal.es. También lo afirma así Francisco Caamaño, que en su condición de Ministro de Justicia, fue entrevistado por el Diario La Ley y señaló: *"Y, por último, se establece con carácter preceptivo que —además de las penas de prisión y multa y de la demolición, en su caso— necesariamente los jueces tendrán que acordar el comiso de todas las ganancias provenientes del delito independientemente de las transformaciones que hubieran podido experimentar. Esto puede referirse a la propia edificación, al precio obtenido con su venta, a los materiales y maquinarias empleados, etc." Diario La Ley. Especial Reforma del Código Penal.* Editorial La Ley, N° 7534, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI, p. 3.

341 Señala Ortega Montoro que en materia de delincuencia urbanística uno de los grandes problemas es el de su rentabilidad, pues a pesar de que la construcción se realiza en contra de la normativa urbanística, en la práctica hay una fuerte resistencia a su demolición, lo que supone que el responsable puede conservarla e inclusive enajenarla, obteniendo un lucro de esto. Por lo anterior es necesario que por el motivo que sea, si la construcción no puede o no debe ser demolida, el beneficio derivado de ella no quede bajo ningún concepto en manos del infractor, si no se quiere seguir generando los ya conocidos efectos criminógenos de un incorrecto sistema de consecuencias del delito. ORTEGA MONTORO, Rodrigo. "La nueva regulación de los delitos urbanísticos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2009." En: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.* Editorial La Ley, N° 4, Sección Actualidad, quincena del 28 febrero al 14 de marzo de 2010, Tomo I, Vid. concretamente el apartado II. 4 del artículo escrito por este autor. Disponible en: http://laleydigital.laley.es.

342 Así lo estima GÓRRIZ ROYO, "Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP." En: ÁLVAREZ GARCÍA; GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010, op. cit.,* p. 377.

terceros la obra construida.[343] Ahora, entiendo que eso no significa que las obras no pueden decomisarse, pues el art. 127 del CP contempla el comiso de los efectos del delito, justamente lo que constituyen las obras, pues son producidas desde la propia conducta constitutiva de la infracción, igual que sucede v.g., con el dinero falsificado.[344] Problema aparte es si tras el comiso de las obras se dispone su demolición por tratarse de un bien que no es de lícito comercio. Nótese que si se ordena esa demolición con base en el art. 319.3 CP, el autor del hecho es quien debe hacerse cargo de los gastos que ésta genere (*"En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra…"*), sin embargo, si se hace por la vía del comiso, se desconoce quién debe asumir esos gastos, ya que el art. 127.5 CP no prevé nada al respecto.[345] Ahora, no se puede desconocer que la demolición contemplada en el art. 319.3 es una medida de naturaleza civil,[346] lo que no sucede con el comiso, de ahí que la respuesta que se dé en uno u otro caso no necesariamente deberán coincidir.

Asimismo, siendo que el art. 319.3 CP guarda silencio en relación con los efectos e instrumentos, su comiso debe regirse por la norma general, con todas sus variantes (p. ej., el comiso por valor equivalente, el que se decreta en caso de que no se declare una responsabilidad criminal aunque sí una situación patrimonial ilícita, etcétera).

VI. Cohecho y tráfico de influencias (artículo 431 del Código Penal).

El artículo 431, que se ha mantenido incólume desde la entrada en vigencia de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, señala que las dádivas, presentes o regalos serán decomisados en todos los delitos previstos en los capítulos V y VI del título

---

343 ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit.,* p. 293.

344 En sentido contrario, Acale Sánchez considera que la obra es el objeto material de la infracción y que su comiso era lo que deseaba el legislador con la fórmula contenida en el art. 319.3, en la que, erróneamente, habla de las ganancias. Agrega también: *"Todo apunta a que se ha confundido el objeto material, con las ganancias provenientes del delito... El hecho de que si bien el art. 319.3 señale que se "podrá decretar" la demolición, pero que "en todo caso" se decretará el comiso, no supondría contradicción alguna si se hubiera señalado expresamente el decomiso del objeto material del delito, entendiendo por tal, no la construcción o edificación en sí misma considerada, sino el suelo sobre el que aquélla se llevó a cabo. Así, en primer lugar se demolería la obra, a fin de restaurar el orden urbanístico vulnerado y en segundo, se decomisaría el suelo. Pero, como se decía, no es esto lo que establece el precepto examinado."* Me parece que Acale Sánchez no acierta al creer que el suelo puede ser considerado objeto material de la infracción, ya que no ha sido producido por la misma (vid. *supra* cap. III.III.A.1).

345 Art. 127.5 CP: "Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán."

346 Así OLMEDO CARDENETE, "Capítulo 32. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I)." En: MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, op. cit.,* p. 706.

XIX, denominado Delitos contra la Administración Pública. El primer capítulo está dedicado al cohecho y el segundo al tráfico de influencias.

A diferencia de lo que sucede con las hipótesis antes descritas, la previsión del artículo 431 no es completamente innecesaria,[347] pues si bien existe una regla de aplicación general que prevé el comiso de las ganancias, el art. 127 CP se circunscribe a las que son *provenientes* de la infracción y no a las conseguidas *por cometer el hecho.* Las ganancias que motivan la comisión del hecho se pueden decomisar con base en lo planteado en el artículo 431 CP. P. ej., el comiso de la dádiva o retribución que solicitó o aceptó el funcionario para realizar un acto propio de su cargo (art. 420 CP).

Esta disposición no impide que se aplique el art. 127 CP para cualquier otro bien que constituya un efecto, un instrumento o una ganancia de la infracción. Veamos un ejemplo. El dinero que entregó una empresa al funcionario público para obtener un contrato se puede decomisar con base en el art. 431 CP y las ganancias que haya obtenido esa empresa se pueden decomisar con base en la regla general prevista en el art. 127 CP.[348]

Aun y cuando la normativa actual que regula el cohecho habla de dádivas, favores o retribuciones de cualquier clase (p. ej., una prestación de carácter sexual), así como de ofrecimientos o promesas de aquellas, las únicas susceptibles de comiso son las prestaciones que se puedan valorar económicamente.[349] De igual forma, las dádivas, presentes o regalos, en resumen, las ventajas cuyo comiso se ordena deben haber sido efectivamente entregadas, con lo cual no solo bastará con su ofrecimiento, promesa o solicitud.[350]

Señala el legislador que la conducta típica puede tener como beneficiario al propio sujeto activo o a un tercero (v.g., artículos 419, 420, 422 CP). A mi modo de ver, aunque el art. 431 CP prevé el comiso *preceptivo* de las dádivas, presentes o regalos sin considerar la situación del tercero, para evitar roces con la Constitución deberá aplicarse el art. 127 CP en cuanto a la protección de sus derechos. De igual

---

[347] En un sentido distinto al mío, pues consideran que sí es una previsión innecesaria, véase PÉREZ MACHÍO, "Artículo 431." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1604; SERRANO GÓMEZ; SERRANO MAÍLLO, *op. cit.,* p. 851; CUGAT MAURI, Miriam. "Art. 431." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004, p. 2054; MIR PUIG, Carlos. "Art. 431." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 938; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 104 y CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 717.

[348] De esta forma lo señala BLANCO CORDERO, "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *EPC, op. cit.,* p. 62.

[349] Como señalé en el cap. IV apartado III de esta investigación, el comiso solo cabe en relación con derechos patrimoniales.

[350] En igual sentido, MORALES PRATS; RODRÍGUEZ PUERTA, "Artículo 431." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.,* Tomo II, p. 1265 y PÉREZ MACHÍO, "Artículo 431." En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código penal, op. cit.,* p. 1605.

manera, si las dádivas, los presentes o los regalos están en poder de un tercero de buena fe, no responsable de la infracción y que ha adquirido el bien legalmente, corresponderá la aplicación del art. 122 CP, que impone la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño a quien haya recibido los bienes a título lucrativo y desconoce su origen.

Tema polémico es si cabe aplicar el art. 128 CP a este comiso en particular. Para Saavedra Ruiz no cabe.[351] De manera confusa, Prats Canut y Morán Mora señalan primero que no, pues el comiso contemplado en el art. 431 CP tiene carácter preceptivo[352] y luego, entienden que este comiso está sometido a las reglas generales contempladas en los arts. 127 y 128 CP.[353]

Entiendo que no se puede negar la aplicación del art. 128 CP a este comiso, como a ningún otro que tenga una regulación especial. Aunque en efecto, la norma prevé un comiso preceptivo, el principio de proporcionalidad tiene fundamento constitucional y por tanto, la interpretación de cualquier texto legal no puede estar al margen de él. Situación distinta es que sea difícil imaginar alguna hipótesis en donde ese comiso sea una medida desproporcionada, máxime si se toma en cuenta el fundamento y la orientación teleológica que inspira el comiso de ganancias.

Finalmente, el artículo 431, tras la reforma introducida mediante LO 5/2010, de 22 de junio, extendió el comiso de las dádivas, presentes o regalos a los delitos previstos en el Capítulo VI, denominado *Del tráfico de influencias*. Sin embargo, lo dispuesto en el art. 431 solo será aplicable a la conducta contemplada en el numeral 430 CP[354], pues en los otros dos tipos penales que integran el citado capítulo (el 428 y el 429) no hay presencia de dádivas, presentes o regalos. En estos solamente se alude a la obtención de un beneficio económico que por ser una ganancia, será decomisable a través del art. 127 CP.

[351] SAAVEDRA RUIZ, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios al Código Penal, op. cit.,* p. 843.
[352] PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, op. cit.,* 3° edición, 2004, p. 647.
[353] PRATS CANUT; MORÁN MORA, "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Nuevo Código Penal, ibídem*, p. 661.
[354] Aunque sin exponer sus razonamientos, arriban a esta conclusión MORALES PRATS; RODRÍGUEZ PUERTA, "Artículo 431." En: QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español, op. cit.*, Tomo II, p. 1265.

VII. Comiso aplicable al delito de contrabando (artículo 5, LO 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando).

El artículo 5 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, regula el comiso en relación con el delito de contrabando.[355] Por ser una disposición de carácter especial, es de aplicación prioritaria sobre lo dispuesto en los arts. 127 y 128 CP.

Según se desprende del art. 5.1, el presupuesto principal del comiso es la pena, aunque también se prevé un comiso potestativo en caso de que aquella no haya sido impuesta y se configure una situación patrimonial ilícita (art. 5.5).

La norma no plantea el objeto del comiso en términos generales, sino que señala expresamente a cuáles bienes se aplicará la medida. En concreto, prevé el comiso *de las mercancías* (art. 5.1.a), lo que es un acierto, pues no tratándose de un efecto, instrumento o ganancia de la infracción sino del objeto material del delito,[356] no podría disponerse su comiso a la luz del art. 127 CP. Siempre en esta línea de ideas, nótese que se descarta el comiso de bienes que solo tienen una relación próxima con la infracción, pues el legislador concretó que las mercancías a decomisar son solo *las que sean objeto material del delito*.

A través de la LO 6/2011,[357] marcó el legislador una distinción entre *las mercancías* (bien corporal susceptible de ser objeto de comercio);[358] *los géneros prohibidos* (cuyo comercio está prohibido)[359] *y los géneros estancados* (de lícito comercio pero sometidos a monopolio[360]). Entiendo que un bien cuyo comercio está prohibido o está sometido a monopolio no es susceptible de ser objeto de comercio y por tanto, no puede ser considerado *mercancía*. Esto provoca un serio inconveniente de cara al comiso, ya que como indiqué, el art. 5.1.a prevé el comiso *de las mercancías* y no el de los géneros prohibidos y estancados, ni siquiera en caso de condena. Se trata de un error que no se puede solucionar a través de la interpretación. Incluso, si fuésemos flexibles con la definición de *mercancía*, a lo sumo podríamos comprender los bienes que están sometidos a monopolio, pero nunca los de comercio prohibido,

---

355 La LO 12/1995 de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, fue publicada en el BOE N° 297 de 13 de diciembre 1995. El art. 5 fue reformado por el art. 1.6 de la LO 6/2011, de 30 de junio, BOE N° 156, 1 de julio de 2011, pp. 69885-69886.

356 Considera las mercancías objeto material del delito FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 267.

357 BOE N° 156, 1 de julio de 2011.

358 Así lo indica el actual art. 1.1 de la LO 12/1995.

359 "Art. 1...

12. Géneros prohibidos: todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción estén prohibidos expresamente por tratado o convenio suscrito por España, por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determinen en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale."

360 "Art. 1...

11. Géneros o efectos estancados: los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición."

pues precisamente están fuera del comercio de los hombres. Ante este panorama, se concluye fácilmente que es necesario ampliar el ámbito de lo decomisable.

La norma también prevé el comiso de los instrumentos de la infracción y en este ámbito incluye, esta vez sí, los empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos; los medios de transporte y todos aquellos otros bienes que puedan catalogarse como instrumentos de la infracción. En síntesis, cuando hablamos de instrumentos hacemos referencia a los bienes enumerados en las letras b, c y e del artículo 5.1.[361] Para Mapelli Caffarena esto es un error del legislador, pues lo idóneo es que se haga un señalamiento con carácter general.[362] Comparto la crítica. El listado de bienes que deben ser considerados instrumentos es sumamente extenso, innecesariamente extenso, e incluso alcanza bienes que de aplicarse el art. 127 CP no estarían comprendidos, p. ej., los instrumentos con que se ha fabricado un género prohibido.

Finalmente, se dispone el comiso de las ganancias (art. 5.1.d), lo que de nuevo, resulta innecesario, ya que su comiso está contemplado en el art. 127 CP.

El artículo 5 también comete el error de hablar del comiso como pena accesoria (apartado 1.c), dándole una categoría que no tiene ni en el Código Penal, ni en la misma LO 12/1995 de 12 de diciembre.

En relación con el tercero, se plantean dos requisitos para que el comiso de sus bienes no proceda, a saber, que sean de lícito comercio y que el tercero sea de buena fe (artículo 5.3[363]). No demanda los otros dos requisitos que contempla el art. 127, a saber, que el tercero no sea responsable del delito o que haya adquirido el bien legalmente, lo que es afortunado. Caben no obstante, las críticas que hice en su momento al tema de la licitud comercial, pues se está confundiendo esa noción con la de la peligrosidad del bien, que es la que en realidad interesa, al menos tratándose del comiso de efectos e instrumentos. Quizá lo deseable sea suprimir este apartado y permitir que este tema se resuelva con las reglas generales que de *lege ferenda* se proponen.

---

361 "Art. 5.
1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:
a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.
b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.
c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.
d) ...
e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito."

362 MAPELLI CAFFARENA, "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *RP, op. cit.,* p. 50.

363 "Art. 5.3. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y sean propiedad o hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe."

De una manera extraña, el artículo 5 incorpora el principio de proporcionalidad. Digo extraña pues limita su aplicación únicamente a un bien decomisado: los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito (apartado 1.c). En este supuesto no se aplicará el comiso (la norma usa la expresión *salvo que*) pertenezcan a tercero que no haya tenido participación en el hecho y la medida sea desproporcionada en atención al valor del medio de transporte y el valor de las mercancías que son objeto del contrabando. Son dos requisitos cumulativos y no alternativos,[364] cuestionables por varias razones, a saber, porque si es un tercero de buena fe el comiso no debería proceder, incluso en caso de que no se dé la desproporción que también exige la norma; porque la situación del tercero ya está contemplada en el art. 5.3 y porque el hecho de que el tercero no sea partícipe del hecho no significa que sea de buena fe en lo que al comiso se refiere. Finalmente, porque la existencia de esta previsión especial sugiere que el principio de proporcionalidad solo se aplica en esta hipótesis y no en las restantes, lo que sería un desacierto si se considera que la situación del medio de transporte no dista de la de los demás instrumentos con los que se ha cometido la infracción y si se toma en cuenta que la desproporción entre el valor de lo decomisado y la gravedad y naturaleza de la infracción, se puede presentar en cualquier caso y no solo en aquellos en que un tercero y no el autor o partícipe de la infracción es el titular del bien a decomisar.

Ahora, siendo que el Código Penal es de aplicación supletoria, habría que entender que el art. 128 CP será aplicable al comiso de efectos e instrumentos (salvo que se trate de los medios de transporte), con lo cual será necesario que exista desproporción entre el valor de los bienes y la naturaleza o gravedad de la infracción. Tratándose de los medios de transporte, como ya apunté, la regla de proporcionalidad es otra: la desproporción se debe dar entre el valor del medio de transporte y el valor de las mercancías que han sido objeto de contrabando.[365] Dicho esto, de *lege ferenda* es mejor que este comiso también esté sometido a la regulación general, en los mismos términos que cualquier otro.

La norma prevé la adjudicación íntegra de lo decomisado al Estado, con lo cual no cabe su empleo en la satisfacción de otras responsabilidades. Esto marca una diferencia con el art. 127 CP. Además la disposición aquí examinada solamente regula la situación de los bienes de lícito comercio, señalando que serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. [366]

---

[364] AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 182.

[365] De la misma opinión FARALDO CABANA, "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *AFDUC, op. cit.,* p. 268; AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p. 185 y CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 114.

[366] Art.5. 6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo."

Si los bienes en cuestión han sido decomisados por el delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de precursores de las mismas,[367] será la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones la que determine si se procede a su enajenación o si se les da otro destino, lo anterior conforme con lo dispuesto en la Ley 17/2003 de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Esta ley, repito, es la que regula el destino de los bienes decomisados con ocasión del narcotráfico.

En los demás temas que regula el art. 5 (comiso ampliado -apartado 4-; comiso por valor equivalente -apartado 2- y comiso en caso de no imponerse una pena -apartado 5-), el texto legal coincide con lo expuesto en el art. 127 CP, con lo cual las observaciones y críticas hechas en torno a éste son aplicables aquí.[368] Aunado a esto, si a fin de cuentas lo que se aplica es lo expuesto en el art. 127 CP, es innecesario que el art. 5 reitere su contenido. Bien se puede prescindir, por tanto, de los apartados 2 a 5 del art. 5 de esta ley.

Finalmente, señalar que la LO 12/1995, en sus arts. 6 y 7 regula el uso provisional de los bienes intervenidos y su enajenación anticipada,[369] en términos similares

[367] Como se desprende de la anterior cita, según el art. 5.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, esos son los previstos en el art. 2.3 de la misma ley. Esta última norma indica:
"Artículo 2. Tipificación del delito…
3. Cometen, asimismo, delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, armas, explosivos, agentes biológicos o toxinas, sustancias químicas tóxicas y sus precursores, o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito, o cuando el contrabando se realice a través de una organización, con independencia del valor de los bienes, mercancías o géneros…"

[368] P. ej., Gutiérrez Rodríguez se muestra crítica con la presunción legal contenida en el art. 5.4 de LO 12/1995. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. "La nueva regulación de los delitos de contrabando. Régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7790, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2012, Año XXXIII, p. 7. Tal presunción es idéntica a la prevista en el art. 127.1 párrafo 2 CP (comiso ampliado), de ahí que las críticas hechas a esa figura sean también aplicables aquí.

[369] "Artículo 6. Intervención de bienes no monopolizados.
1. El Juez o Tribunal acordarán la intervención de los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso.
2. La autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrá designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca.
3. La autoridad judicial podrá acordar, asimismo, que, mientras se sustancia el proceso, los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando."
"Artículo 7. Enajenación anticipada.
1. Los bienes, efectos e instrumentos intervenidos podrán ser enajenados, si éste fuere su destino final procedente, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:
Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
Cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo.

(aunque no idénticos) a lo expuesto en el art. 374 CP. P. ej., mientras que en esta última norma se señala que la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas puede emplear provisionalmente los bienes, en el art. 6 LO 12/1995 se autoriza a los responsables de la persecución del contrabando. Esta última disposición también admite que los presuntos responsables sean designados como depositarios de los bienes, lo que es una excepción a la legislación ordinaria que para algunos autores, se admite porque esos bienes no son importantes en términos probatorios.[370]

Del mismo modo, en tanto que el art. 374 CP permite enajenar antes de la firmeza de la sentencia cuando la conservación del bien pueda afectar gravemente su uso y funcionamiento, el art. 7 de la LO 12/1995 solo lo admite cuando el propietario hace expreso abandono de los bienes, o cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a disminución importante de su valor (hipótesis también contempladas en el art. 374 CP). La enajenación, ahora bien, solo cabe en relación con bienes de lícito comercio que a la postre pueden ser vendidos.[371] Para todas estas disposiciones cabe repetir lo dicho con relación al art. 374 CP: se trata de reglas que no deberían estar en una ley penal, o al menos no en el artículo 5 que estoy examinando, pues no tienen que ver con el comiso, sino con actos que son previos a que se ordene esta medida.

VIII. Otras normas sobre el comiso contenidas en leyes penales especiales.

El Artículo 6 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios,[372] prevé el delito monetario. En el art. 7, apartado 5, esa ley señala que "*La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa delito monetario se reputará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 48 del Código Penal.*"

2. La enajenación a la que se refiere este artículo será ordenada por la autoridad judicial. A tal efecto se procederá a la valoración de las mercancías, géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista en esta Ley.
3. El importe de la enajenación, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito a resultas del correspondiente proceso penal."

370 *"El régimen normal, según lo dispuesto en la LECr (arts. 334, 635 y 844), es que el juez instructor y la policía judicial recojan estos objetos y, al ser elementos probatorios, no se prevea su depósito en poder de terceros y menos aun de los presuntos responsables del delito… Su explicación quizá se halle en que en la mayor parte de las ocasiones estos bienes y objetos decomisables poco importan a efectos probatorios."* CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 116-117. Vid., igualmente, AGUADO CORREA, *El comiso, op. cit.,* p.188.

371 CEREZO DOMÍNGUEZ, "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010, op. cit.,* p. 721 y CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.,* p. 118.

372 Publicada en el BOE N° 298 de 13 de diciembre de 1979.

A pesar de que algunos autores consideran que la referencia al art. 48 CP hay que entenderla hecha al art. 127 CP,[373] me parece evidente la necesidad de hacer reformas,[374] de manera que la regulación vigente sobre el comiso encuentre reflejo en la legislación penal especial.

Una situación similar se presenta tratándose de la LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar.[375] En el art. 24. 2 se define el comiso de los instrumentos y efectos como una pena accesoria. De seguido, en el art. 34, este cuerpo legal remite al Código Penal para su aplicación. Si bien es comprensible lo anterior, pues para la fecha en que se creó el Código Penal Militar el comiso tenía el carácter de pena en el Código Penal, es incomprensible que en 1995, año en que el comiso pasó a ser una consecuencia accesoria no se hiciese lo propio por poner en sintonía ambas regulaciones.

Del mismo modo, nótese que el art. 24.2 no prevé el comiso de las ganancias, vacío legal que debería solventarse si se desea acabar con el enriquecimiento ilícito que se pueden producir a raíz de ciertas infracciones. P. ej., el art. 189 señala que el militar que *"simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitare la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años."* La norma agrega, en su segundo párrafo, que *"Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido."* Nótese cómo, ante la comisión de este delito, el comiso de las ganancias obtenidas no sería posible, lo que ciertamente es absurdo, máxime si se considera que ese tipo penal contempla el ánimo de lucro, entendido como la búsqueda de una utilidad de carácter económico.[376]

Finalmente, la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea[377] es otro ejemplo de falta de coordinación con lo dispuesto en el CP. Esta ley en su art. 7.4 define el comiso de efectos e instrumentos como una medida de seguridad,[378] cuya imposición dependerá del prudente arbitrio del órgano jurisdiccional que dicte la sentencia (art. 8.4).

---

373 DE LAMO RUBIO, "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE; *et ál., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, op. cit.,* p. 377.

374 En igual sentido, Rueda García cree necesario uniformar la regulación del comiso contenida en el Código Penal y en leyes penales especiales como la expuesta. RUEDA GARCÍA, "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea, op. cit.,* p. 216.

375 Publicada en el BOE N° 296 de 11 de diciembre de 1985.

376 Sobre el dolo en este tipo penal véase BLECUA FRAGA, Ramón. *Comentarios al Código Penal Militar.* Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1988, p. 2016 y HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando; PASCUAL SARRÍA, Francisco Luis. *Código Penal Militar. Concordancias, comentarios y jurisprudencia.* Madrid, Colex, 2011, p. 482.

377 BOE N° 311 de 28 de diciembre de 1964.

378 "Art. 7
Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena podrán acordarse con arreglo a esta Ley son las siguientes:...

4°. "La incautación, demolición o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materiales y elementos que se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un serio peligro para la navegación aérea."

CAPÍTULO VI. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE COSTA RICA

Al igual que sucede en España, en Costa Rica se encuentran disposiciones sobre el comiso tanto en el Código Penal como en otras leyes especiales de carácter penal.

I. Antecedentes históricos del comiso. Del Código General de 1841 al Código Penal de 1941.

Del Código General de 1841 al Código Penal de 1941, el comiso fue considerado pena accesoria y consecuencia de la pena. En el primero se catalogó como pena pecuniaria *la pérdida de algunos efectos*. Su art. 883 rezaba "*Las armas, instrumentos o utensilios con que se haya ejecutado el delito, y los efectos en que éste consista o formen el cuerpo de él, se recogerán por el Juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que pueda sacarse de ellos; a no ser que pertenezcan a un tercero, a quien se hubieren robado o sustraído sin culpa, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente.*"[1]

La pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito también fue catalogado como pena, en este caso accesoria, en el Código Penal de 1880. El art. 39 señalaba que "*Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.*"[2] La consideración del comiso como pena accesoria se reiteró en los arts. 80.3 y 141 del Código Penal de 1918, así como 67.4 y 70 del Código Penal de 1924. El numeral 70 que recién cité indicaba: "*Toda pena implica la pérdida de los objetos que provengan del delito y de los instrumentos con que se hubiere cometido, salvo que pertenezcan a un tercero no culpable. Cuando los objetos aprehendidos fueren de uso prohibido o de ilícito comercio, el tribunal acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la responsabilidad del acusado o no pertenezcan a éste.*"[3]

Con el Código Penal de 1941 el comiso se presentó como una consecuencia de la sentencia condenatoria. Según el art. 121: "*Toda pena lleva consigo la pérdida, para el condenado, de los efectos, objetos o productos del hecho punible y de los instrumentos con que se ejecutó, salvo que pertenezcan a un tercero no responsable, o en el caso de cuasi delitos.*

[1] Código General de la República de Costa Rica, emitido el 30 de julio de 1841. Nueva-York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 2° edición anotada, adicionada y corregida, conforme a las leyes vigentes posteriores hasta el 31 de diciembre de 1857, 1858.
[2] Código Penal de la República de Costa Rica, emitido por el Consejo Nacional, a iniciativa del Poder Ejecutivo y sancionado por éste el 27 de abril de 1880. San José, Imprenta Nacional, 1880.
[3] Código Penal de 1924, de la República de Costa Rica. San José, Trejos Hermanos Editores, 1924.

Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento para cometer delitos, o cuya fabricación, portación, uso o venta sean ilícitos, el juez acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la responsabilidad del acusado, o no pertenezcan a éste."[4]

El comiso en este caso no era una pena, sino una consecuencia obligatoria de toda condena, junto con la inhabilitación y suspensión, la obligación de pagar costas procesales y personales, la inscripción de la sentencia en el Registro Judicial de Delincuentes y la obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar perjuicios provenientes del hecho punible.[5]

Como se aprecia, prácticamente en todos los Códigos se consideró la situación del tercero, evitando que el comiso les fuese extensible. Del mismo modo, la aplicación del comiso se vinculó con la condena, salvo que se tratase de bienes ilícitos, caso en el cual la imposición de la medida era procedente aunque no se declarase la existencia de la infracción o la responsabilidad del acusado.

II. El comiso en el Código Penal de 1970.

El comiso, otrora pena o consecuencia de la sentencia condenatoria, se convirtió en una consecuencia civil. En el Código Penal de 1970, vigente hoy en día, el comiso se ubicó en el Título VII, bajo la rúbrica *Consecuencias civiles del hecho punible.* Según el art. 103, la consecuencia de todo hecho punible es la reparación civil y ésta entre otras cosas, ordenará el comiso.

"Artículo 103.

Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará:

1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor;

2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y

3) El comiso."

El artículo 110 regula el instituto, en los siguientes términos: *"El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho*

[4] Código Penal de 1941. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/
[5] Lo entiende de esta manera ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible.* San José, Editorial Juricentro, 1984, pp. 366-367.

derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros." [6]

Este Código se basó en el Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica,[7] de ahí que vamos a examinar lo expuesto en éste sobre el tema, para entender las razones por las cuales el comiso se transformó en una consecuencia civil.

A. El comiso en el proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica.

El proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica tenía la finalidad de contribuir a la unificación legislativa en el ámbito penal.[8] Juristas de los países del área, fundamentalmente profesores universitarios, intervinieron en su proceso de elaboración, mismo que demandó muchos años.[9]

Tras hacer una declaración de principios mínimos (v.g., legalidad, culpabilidad, proscripción de la analogía, debido proceso, cosa juzgada, inocencia, etc.),[10] el trabajo se distribuyó y la comisión colombiana fue la encargada de abordar el tema de la responsabilidad civil emanada del delito y en general, el de sus efectos en el campo extra penal.

Según consta en la ponencia que presentó dicha comisión al pleno,[11] la figura del comiso fue especialmente debatida, ya que en tanto algunos de sus miembros

---

[6] Código Penal de 1970. Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970. La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/

[7] Según Bustos Ramírez y Valenzuela Bejas, la dogmática jurídica alemana tiene su expresión en el Código penal costarricense, sobre todo por la fuerte influencia que se ejerció a través del Código penal tipo para Latinoamérica, de las discusiones en relación con el proyecto alemán de 1962. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo I, Parte General, 1981, pp. 36-37.

[8] DIAZ TORRES, Guillermo. *Un aporte de Colombia al Código Penal tipo latinoamericano. Algunos aspectos de la ponencia sobre las consecuencias civiles del delito.* Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1969, p. 11 y BUSTOS RAMÍREZ; VALENZUELA BEJAS, *op. cit.,* p. 2.

[9] *"Como iniciativa privada se constituyó en octubre de 1963 en Santiago de Chile la Comisión Redactora de un CP Tipo para Latinoamérica, con secretariado permanente en dicha ciudad. En ese marco se celebraron reuniones posteriores en México (1965), Lima (1967), Caracas (1969), Bogotá (1969) y São Paulo (1971), ocasión en la que se ultimó la PG. Luego se efectuaron reuniones en San José (1972), Medellín (1973), Santiago (1975), San Cristóbal/Venezuela (1975), Madrid (1977) y Buenos Aires (1979)."* CARO CORIA, Dino Carlos. "La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano." *Ampliación de las ponencias presentadas en la IV y V Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, celebradas en Bogotá/Colombia del 12 al 16 de marzo de 2001 y en Culiacán/México del 11 al 15 de junio de 2001, p. 27. Disponible en: http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf.

[10] Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo. *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices.* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973, pp. 122-123.

[11] Las comisiones de trabajo eran las encargadas de la labor científica, a saber, de preparar los materiales para las reuniones plenarias. Por su parte, las reuniones plenarias *"...han tenido como fun-*

que resultaron ser mayoría, creían que debía incluirse entre las consecuencias no penales del hecho punible, otros lo consideraban un fenómeno procedimental. [12] La comisión acordó que el comiso y otras figuras de dudosa naturaleza jurídica (v.g., las costas), no fueran incluidos en la ponencia y ésta se centró en las consecuencias civiles del delito.[13]

El tema del comiso, no obstante, sí fue objeto de examen. Juristas como Alfonso Reyes y Pedro Sanabria cuestionaron la decisión colombiana, pues si bien el comiso no podía catalogarse como pena, de no legislarse sobre él quedaría fuera una importante consecuencia del hecho punible cuya ubicación, decían, tampoco correspondía a la normativa procesal. Para ambos, el tema que Colombia debía examinar en su ponencia era el de las consecuencias no penales del delito, lo que daba un lugar al comiso, pues la ubicación de esta figura jurídica no era muy clara ni dentro de las consecuencias penales ni dentro de las civiles.[14] En todo caso, si se insistía en que la ponencia debía llevar por título *Consecuencias civiles*, se podía pensar en incluir el comiso pero dedicarle un artículo concreto.[15]

La comisión chilena por su parte, hizo algunas observaciones a la ponencia colombiana, de particular interés aquella según la cual el comiso se debía regular, pero no dentro de las consecuencias civiles del delito, sino de manera autónoma, pues aunque este instituto no es una pena, tampoco esto significa que sea una consecuencia civil, pudiéndonos encontrar a lo sumo, dentro de un aspecto preventivo penal.[16] Chile lo que propuso -y Colombia aceptó- fue la inclusión de un párrafo aparte de las consecuencias civiles del delito o la reparación del daño.[17] La discusión que se desarrolló al respecto en la décima sesión de la cuarta reunión plenaria, concluyó con un acuerdo, a saber, la inclusión de un texto sobre el comiso, pero en el entendido de que éste no tiene carácter de pena, ni es expresión de la responsabilidad civil derivada del delito.[18]

El texto que se aprobó finalmente, según Díaz Torres, separa las consecuencias civiles del delito y el comiso. Este instituto se coloca bajo la rúbrica "Otras consecuencias del delito" y se regula de la siguiente manera:

---

ción primordial debatir los materiales elaborados por las comisiones de trabajo y aprobar el articulado del proyecto, celebrándose anualmente." BUSTOS RAMÍREZ; VALENZUELA BEJAS, *op. cit.,* p. 5.

[12] Ponencia de la comisión colombiana sobre el tema: La responsabilidad civil derivada del delito. P/Co/04. En: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.,* Parte General. Tomo I, p. 406.

[13] DIAZ TORRES, *op. cit.,* pp. 41-42.

[14] ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 368.

[15] DIAZ TORRES, *op. cit.,* p. 47.

[16] Observación de la comisión chilena sobre la ponencia de la comisión colombiana, OB/CH-Co/04. Visible en: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.,* Parte General. Tomo I, p. 476; DIAZ TORRES, *op. cit.,* p. 55.

[17] ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 369 y DIAZ TORRES, *op. cit.,* pp. 55-56.

[18] Décima sesión, Cuarta reunión plenaria (Caracas-Venezuela, 20 al 30 de enero de 1969). En: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.,* Parte General. Tomo I, p. 555; así como en *Parte General, Tomo II, Vol. II, Actas*, pp. 721 a 723.

"El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tengan el ofendido o terceros."[19]

No obstante que el acuerdo adoptado en la cuarta reunión plenaria a la que se aludió antes fue categórico en cuanto a dotar al comiso de una regulación autónoma frente a las demás consecuencias jurídicas del delito, en el documento publicado por el Secretariado Ejecutivo de la Comisión Redactora del Código penal tipo para Latinoamérica, el comiso sigue figurando en el título cuarto, bajo la rúbrica Responsabilidad civil derivada del delito, concretamente en el art. 97, que en lo medular es idéntico al ya trascrito.[20] Del mismo modo en el Código Penal de Costa Rica se dejó de lado ese acuerdo, incluyéndose el comiso en el acápite dedicado a la responsabilidad civil derivada del delito, lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina.[21]

Autores como Manzanares Samaniego afirman que el hecho de que en el proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica el comiso se incluyera en el tema de la responsabilidad civil derivada del delito, revela que el comiso de ganancias arrastró al de los instrumentos y productos, pues la unificación se hizo sobre el primero.[22] Creo que tal afirmación es inexacta, pues como vimos, la lectura de las actas y en particular la revisión de los acuerdos adoptados,[23] sugiere algo distinto, a saber, que el propósito de los juristas que elaboraron el proyecto del Código penal tipo para Latinoamérica era separar el comiso de las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias civiles, dada su diferente naturaleza.

A pesar de los esfuerzos, no se llegó a concluir un texto íntegro para la Parte especial,[24] lo que nos impide hacer una lectura integral del Código que nos permita

---

[19] DIAZ TORRES, *op. cit.,* pp. 56-57.

[20] "El delito determina la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tengan el ofendido o terceros." Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.,* Parte General. Tomo I, pp. 57-59; 285, 290.

[21] Vid. ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.,* p. 370. Esto no fue un fenómeno exclusivo de nuestro país. P. ej., Restrepo Medina, autor que examina la legislación colombiana, cree que la inclusión del comiso dentro del capítulo referente a la responsabilidad civil del hecho punible carece de toda sistemática. RESTREPO MEDINA, "Instrumentación cautelar del decomiso." En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos, op. cit.,* p. 166. Léase también RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar.* Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, pp. 58-59.

[22] MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *ADPCP, op. cit.,* p. 620.

[23] Acuerdo N° 89 de la Cuarta Reunión Plenaria de Caracas, del 20 al 30 de enero de 1969. Visible en: Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo, *Código Penal Tipo para Latinoamérica, op. cit.,* Parte General. Tomo I, p. 555.

[24] Una vez que se culminó y publicitó oficialmente la Parte General del Código, las siguientes reuniones plenarias, llevadas a cabo en San José (1972), Medellín (1973), Santiago (1974), San Cristóbal (1975), Madrid (1977) y Buenos Aires (1979), sirvieron para debatir diversos aspectos de la Parte Especial: los delitos contra la vida, contra la salud individual, contra el honor y contra el orden económico. REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La unificación del derecho penal: consideraciones a propósito del código penal tipo para Iberoamérica." En: *Ensayos de Realidad Nacional.* Domingo 30

descubrir si en algunos tipos penales se pretendía contemplar, p. ej., el decomiso del objeto del delito, lo que a lo postre hubiese sido útil para determinar si ese bien en particular puede o no comprenderse en la fórmula prevista en la Parte general.

B. Artículo 110 del Código Penal.

El art. 110 CP es prácticamente idéntico al art. 97 del proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica, con una única diferencia sin ninguna importancia, a saber, en lugar del vocablo *determina* usa el vocablo *produce*: "El delito *determina* (art. 97)/ *produce* (art. 110) *la pérdida…"* La norma tiene un carácter general y prevé la pérdida de los bienes a favor del Estado. Es decir, es éste el destinatario de los mismos.[25]

El comiso puede recaer sobre los instrumentos con que se cometió el delito, las cosas o valores provenientes de la realización del hecho y también el provecho derivado del mismo delito. Entiendo que la norma no ampara el comiso del objeto del delito salvo que éste pueda ser catalogado simultáneamente como instrumento, como bien proveniente de la realización del hecho o provecho derivado de él.

En relación con el término *instrumentos*, son aplicables las consideraciones hechas en el capítulo III de esta investigación. El instrumento es, en pocas palabras, lo que nos sirve para hacer algo y comprende tanto los bienes materiales como inmateriales. Tratándose de los términos *cosas o valores* hay que hacer mayores precisiones. La *cosa*, según la RAE[26] que procede del latín *causa*, es *todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*. Aunque también se le define como *objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales,* no menos cierto es que se le considera sinónimo del término *bien* y éste es entendido como *cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho.* Dicho en otras palabras, con el término cosas el legislador costarricense no alude únicamente a las cosas corpóreas, sino también a las inmateriales. Esta conclusión encuentra respaldo en las normas del Código Civil, que en lo que interesa, hablan de los bienes como cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales y de los derechos como cosas incorporales.[27] Se trata

---

de diciembre de 2007. Disponible en: http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-unificacin-del-derecho-penal.html. Nótese cómo este autor no hace referencia a la aprobación de un texto final tratándose de la Parte Especial, circunstancia de la que extraigo la conclusión antes apuntada.

[25] En igual sentido, HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes.* San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006, p. 55.

[26] RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

[27] Señala el Código Civil de Costa Rica:

"De los bienes considerados en sí mismos.

Artículo 253. Los bienes consisten en cosas que jurídicamente son muebles o inmuebles, corporales o incorporales.

Artículo 254. Son inmuebles por naturaleza:

1º.- Las tierras, los edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra.

2º.- Las plantas, mientras estén unidas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas.

de una conclusión que desde mi óptica es importante, pues como he venido señalando, el comiso recae sobre derechos cuyo objeto tiene una determinada relación con la infracción (p. ej., es el instrumento con que se comete la infracción, o la ganancia proveniente de ésta), interpretación que es plenamente plausible tratándose de la legislación costarricense.

Con el término *valor* se alude a la *cualidad de las cosas, en virtud de la cual se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente*, o a la *cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables.* El Diccionario de la RAE también habla de *Títulos representativos o anotaciones en cuenta de participación en sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de depósitos y de fondos monetarios, futuros, opciones, etc., que son objeto de operaciones mercantiles.* De todos estos conceptos, entendidos en el marco que proporciona el art. 110 CP, se puede concluir que el legislador con el término valor hace referencia a cualquier bien estimable económicamente.

El término *provecho* comprende lo que en la legislación española son las ganancias. Nótese que este vocablo, procedente del latín *profectus*, es definido por la RAE como el *beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio*. El beneficio del cual es sinónimo, es definido a su vez como la *ganancia económica que se obtiene de un negocio, inversión u otra actividad mercantil.* Igualmente, la utilidad es el *provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo.*

La norma abarca las ganancias *derivadas* del delito y los efectos *provenientes* de su realización. El verbo derivar, cuando es dicho de una cosa, supone que ésta trae su origen de otra. Igual sucede con verbo provenir, cuya raíz está en el latín *provenīre*. En relación con una cosa, significa que ésta se origina o procede *de un lugar, de otra persona, de otra cosa, etc*. De esta manera, el art. 110 CP limita el comiso a los efectos y ganancias *directamente vinculados* con la infracción y no a los que sustituyan estos. P. ej., las ganancias indirectas. Si se respetase el tenor literal de esta norma, tampoco debe alcanzar las ganancias que se dan *por* y *para* cometer el hecho, ya que no *provienen* de éste. Por los comentarios que expuse en los capítulos precedentes, comentarios que no pretendo repetir, este problema se debe solucionar a través de una reforma legal.

Es evidente que la norma da mayor importancia al tema de la no tolerancia de una situación patrimonial ilícita que a la peligrosidad que pueden revestir algunos

---

Artículo 255. Lo son por disposición de la ley:
1º.- Todo lo que esté adherido a la tierra, o unido a los edificios y construcciones, de una manera fija y permanente.
2º.- Las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles.
Artículo 256. Todas las cosas o derechos no comprendidos en los artículos anteriores, son muebles.
Artículo 257. Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles, y en consumibles y no consumibles.
Artículo 258. Cosas corporales son todas, excepto los derechos reales y personales, que son cosas incorporales."
Código Civil, Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=86586&strTipM=TC.

bienes (sea intrínseca, sea en relación con alguien), pues no existe referencia sobre ese extremo, lo que es lamentable toda vez que esa peligrosidad es el fundamento del comiso de los efectos e instrumentos.

La jurisprudencia no ha profundizado en el contenido de los términos antes expuestos. En la única sentencia que se ha localizado al respecto, el TCP de San Ramón distinguió entre bienes materiales e inmateriales, concluyendo que el comiso solo es posible tratándose de los primeros y que en casos de copropiedad el comiso no procedía, pues un derecho proporcional sobre un inmueble no se podía considerar instrumento.[28] Se trata de una posición cuestionable, pues si ese derecho ha servido para cometer el hecho, no veo motivo para no disponer su comiso a favor del Estado, máxime si se considera que la copropiedad no es un impedimento, ya que se puede finiquitar. Como dispone el mismo CC, ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su codueño.[29]

---

[28] *"Acudiendo a la definición que sobre tal vocablo brinda el Diccionario de la Lengua Española, tenemos que en su primera acepción se entiende por tal el «conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios», aludiendo con ello a un bien material y no a un derecho (inmaterial). Las restantes definiciones de la palabra «instrumento» recalcan aún más lo anterior, pues aluden a los diversos tipos de instrumentos (documento legal, de músico, cuerda, percusión, etc.). En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia ha entendido que es la «casa» la que constituye un «instrumento» respecto a la comisión del delito de tráfico de drogas, cuando en la misma se expenden tales sustancias o bien, se fabrican o almacenan, que no es este el caso. Lo anterior viene a ser reafirmado por las disposiciones que sobre el tema contiene la Ley de Psicotrópicos, pues en su artículo 83 se alude al decomiso de "todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley [...]", mismos que luego en sentencia podrán ser objeto de comiso. Concuerdan con lo anterior las restantes disposiciones que la citada Ley contiene respecto a la administración de dichos activos, pues se establece que los mismos serán utilizados para el cumplimiento de sus objetivos (art. 87), así como que, tratándose de bienes sujetos a inscripción en el Registro Nacional, se procederá a la inscripción o traspaso del mismo a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas (art. 89). Debiendo concluirse de las anteriores normas que es el bien «inmueble» lo que se perdería y no un derecho sobre el mismo, razón por la cual se habla del traspaso o inscripción del mismo en favor del I.C.D. y de su utilización para el cumplimiento de sus objetivos, cuestiones que no se compaginan con la inscripción de un derecho proporcional. Todo lo cual, unido a la finalidad de privar al delincuente de los medios que le permitieron realizar el hecho, impide conceptualizar un comiso que no sea de todo el instrumento y recaiga sobre un derecho proporcional al mismo. Debiendo agregarse que la existencia de otros codueños impediría que el I.C.D. pueda hacerse con el «instrumento», entendiendo por ello la casa como un todo; lo que llevaría a una situación de copropiedad entre un ente estatal y dos sujetos privados, implicando ello todos los derechos y obligaciones que corresponderían a su parte alícuota. Aunque podría interpretarse que indirectamente el derecho alícuota sobre el inmueble de marras es el medio (instrumento) que le permite al imputado utilizar la casa donde vendía droga, ello ofrece dos problemas. El primero de ellos es que se trataría de una interpretación analógica, pues el instrumento (tanto en su definición principal como en su interpretación judicial) alude a objetos y no a derechos. Y, aunque la doctrina mayoritaria distingue el comiso –como tercera forma de reacción ante el delito– de la pena y de la medida de seguridad, al constituir la pérdida de un bien, no cabría una interpretación ampliativa. Como segunda objeción debe repararse en que la consecuencia no recaería sobre el «instrumento», sino sobre el derecho, pues sería este último el que le permitiría al imputado utilizar la casa. De todo lo dicho cabe concluir que en el presente caso lo que la ley autoriza expresamente es la pérdida del instrumento con que se comete el delito, no el comiso de un derecho alícuota sobre el mismo."* STCP San Ramón, N° 26/2010 de 26 de enero.

[29] "Art. 272. Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su condueño, y puede en todo tiempo exigir la división, salvo:

En la legislación costarricense el comiso se circunscribe a los bienes empleados en la comisión de *delitos*, con lo cual se excluye el ámbito de las faltas. Si se considera el fundamento y los fines que persigue el comiso, esta decisión legislativa no se comprende, pues tanto en los delitos como en las faltas los efectos e instrumentos pueden ser peligrosos y las ganancias, considerables. Por ello, creo que de lege ferenda se deben incluir las faltas.

Si bien no se contemplan los instrumentos empleados en la *preparación* del hecho, tal y como sucede con la legislación española, dicha mención es innecesaria toda vez que el texto actual permite abarcar los instrumentos empleados para cometer delitos en grado de tentativa, así como en actos preparatorios punibles.

Como adelanté atrás, no se prevé el comiso de segundo grado; el comiso por valor equivalente,[30] o el comiso ampliado. La norma tampoco prevé ninguna indemnización para el titular del bien cuyo comiso se ordena.

Aunque la norma no aborda este tema, la jurisprudencia[31] y la doctrina[32] han entendido que el comiso solo se aplica a delitos dolosos, pues desde su óptica, el término *instrumento* comprende solamente los bienes que son empleados intencionalmente para la comisión de delitos.

El comiso no puede afectar los derechos que tengan el ofendido o terceros sobre los bienes. Del tenor literal de la norma bastaría con que concurra esa circunstancia para que el comiso no proceda, lo que es un error, pues bien puede suceder que ese tercero tenga también un vínculo con el hecho que haga procedente el comiso, p. ej., que haya adquirido el bien en condiciones en las que debía sospechar sobre su origen ilícito. De esta manera se concluye que ha sido la jurisprudencia y no el legislador (no al menos en el art. 110 CP), quien incorporó la exigencia de que el tercero sea de buena fe,[33] una buena fe que por lo menos se presume.[34]

En los casos de sociedades mercantiles o de compañías comunes, en todos los cuales se observará lo que la ley especial y respectivamente disponga.
Si la cosa o el derecho fuere por su naturaleza absolutamente indivisible.
En los casos de comunidad de bienes originados en la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, los cuales se regirán por lo que ella dispone.
Cuando, tratándose de inmuebles su fraccionamiento contraviene las normas del urbanismo.
Cuando se trate de derechos creados bajo el Régimen Especial de Vivienda de Interés Social autorizados mediante ley, en cuyo caso se aplicarán las regulaciones específicas vigentes.
Art. 273. Si la cosa sólo es indivisible en sí misma, y los condueños no convienen en que se adjudique a alguno de ellos, reintegrando a los otros en dinero, se venderá la cosa y se repartirá el precio." Código Civil, *op. cit.*

[30] Así, ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.*, p. 401.

[31] STCP San José, N° 1009/2010 de 31 de agosto.

[32] ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.,* p. 399; HERRERA FONSECA, *op. cit.,* pp. 71-72.

[33] P. ej., en un caso donde el imputado que trabajaba como vigilante no tenía permiso para portar el arma de fuego, el TCP San José confirmó el comiso de ésta por considerar que la empresa de seguridad propietaria que lo contrató era responsable al haber facilitado el arma a una persona inidónea para portarla. STCP N° 587/2010 de 28 de mayo. En una sentencia de la Sala Tercera, se señaló: "*En todo caso de ser el propietario persona distinta al inculpado de autos, era necesario que el Ministerio Público hubiese demostrado el interés por allegar la prueba indisponible para acreditar el consentimiento del dueño en la actividad ilícita del narcotráfico, utilizando la residencia como centro de ope-*

Siempre en relación con este tema, si el comiso cede ante los derechos del ofendido o terceros, debo concluir que su imposición solo tendrá lugar cuando estén satisfechas las responsabilidades civiles. Por tanto, la restitución del bien, p. ej., robado, tendrá un lugar preferente al comiso.[35] Esto, aunque desde la perspectiva de la víctima es positivo, puede provocar problemas en relación con los bienes peligrosos, ya que el comiso de estos no debería depender de una cuestión civil.

Igualmente, el legislador no limitó esta disposición a los casos en los que el responsable civil es insolvente, con lo cual aquel que sí lo es se puede beneficiar, ya que será lo decomisado y no su patrimonio ajeno a la infracción el que se destine a satisfacer las responsabilidades civiles. En relación con este tema, es muy interesante la SST N° 499/2011 de 11 de mayo de 2011. En esta resolución, dictada en el proceso conocido como Caja Fischel y en el cual estaba imputado un expresidente de la República, la Sala Tercera confirmó la sentencia del tribunal sentenciador en cuanto destinó los bienes decomisados a saldar la condena civil y declaró sin lugar la pretensión del Ministerio Público en el sentido que debía ordenarse su comiso a favor del Estado. De esta forma, los bienes decomisados se emplearon para satisfacer la responsabilidad civil que tenían imputados de incuestionable solvencia económica. Esto, aunque conforme con el tenor literal de la norma, es un claro despropósito.

En el Código Procesal Penal no existe un procedimiento que regule la intervención del tercero en el proceso. La jurisprudencia ha tratado de solventar este vacío legal señalando que se debe integrar un litisconsorcio pasivo necesario.[36] A pesar de esto, es común que los órganos de casación se den por satisfechos con que se brinde audiencia al tercero en la etapa de debate, no siempre con éxito.[37]

---

ración. Pero no como pretende la recurrente, ordenar en esta sede el comiso de un bien cuya legítima propiedad a cargo del imputado no se ha acreditado, ni tampoco el hipotético asentimiento del verdadero dueño del inmueble para que H. lo utilizara como centro de operación en el negocio de la droga." SST N° 679/1996 de 8 de noviembre. Nótese cómo, a la existencia de un derecho del tercero, se agrega el tema de la buena fe. Otras sentencias en las que se habla del tercero de buena fe son v.g., las SSTCP San José N° 233/1997 de 21 de marzo; N° 76/2000 de 28 de enero; N° 632/2000 de 14 de agosto; N° 231/2001 de 16 de marzo y la SST N° 512/2001 de 31 de mayo, entre muchas otras.

[34] Vid. en este sentido la STCP San José N° 463/2005 de 25 de mayo.

[35] Comparte esta opinión, HERRERA FONSECA, *op. cit.,* p. 154.

[36] SST N°420/2006 de 12 de mayo.

[37] En el Diario La Nación, el sábado 18 de febrero de 2012, se informa que en un proceso contencioso administrativo una sociedad anónima reclamaba la titularidad de una bodega que había sido decomisada por un tribunal penal. Según los demandantes, el inmueble no pertenecía al condenado sino a la sociedad. Simultáneamente, en un Juzgado de Cobro Judicial, otra sociedad anónima también reclamaba el inmueble, como pago por una deuda que había contraído el imputado con la sociedad. La juzgadora, que había resuelto entregarles el bien, tuvo que suspender el acto al enterarse que estaba inscrito a nombre del Instituto Costarricense de Drogas por disposición del tribunal penal. Según la nota periodística, el tema iba a ser investigado por el Tribunal de la Inspección Judicial (órgano disciplinario del Poder Judicial), para determinar si hubo irregularidades en el proceso. Vid. "Álem saca provecho todavía a bodega donde almacenó droga." En: *La Nación*. 18 de febrero de 2012. Disponible en: .nacion.com/2012-02-18/Sucesos/Alem-saca-provecho-todavia-a--bodega-donde-almaceno-droga-.aspx. Como se ve, la ausencia de un protocolo en cuanto a la intervención de terceros interesados en los procesos que pueden culminar con el comiso de sus bienes genera este tipo de situaciones.

El art. 110 CP señala que el presupuesto del comiso es *el delito*. Este término debe entenderse como conducta típica, antijurídica, culpable y punible[38] y no como una simple previsión legislativa independiente de una declaración de responsabilidad en un caso concreto, pues así se desprende del art. 103 CP, que en lo que interesa, indica que el comiso tiene como presupuesto un hecho punible y que se impondrá en la sentencia condenatoria.

Sin embargo, la jurisprudencia en términos generales[39] ha entendido el *delito* de otra manera, a saber, como una estipulación abstracta de ilicitud referida por el legislador, con lo cual se ha dispuesto el comiso en otras circunstancias, p. ej., en sentencias absolutorias, sobreseimientos definitivos por extinción de la acción penal por pago de multa, etcétera.[40] Se argumenta que el art. 110 CP no requiere una

[38] En igual sentido, señala el TCP sobre el artículo 110 CP: *"La aplicación de esta norma siempre supone que se ha dictado un fallo condenatorio, salvo el derecho de terceros o del ofendido, o en casos excepcionales, que la posesión del bien constituya, per se, un acto antijurídico..."* STCP San José N° 117/2004 de 12 de febrero.

[39] Digo en términos generales pues hay algunas excepciones. P. ej., en la SST N° 175/2002 de 28 de febrero, la Sala Tercera señaló que por delito se debía entender la acción típica, antijurídica, culpable y punible, no bastando con que se haya configurado una acción típica y antijurídica: *"... se requiere que, para poder ordenar la pérdida sobre los objetos o bienes en mención, en primer término, se haya logrado demostrar que en efecto el imputado (sujeto activo del hecho) es responsable del delito... Lo anterior no sucede en el caso de Murillo Monge, pues no obstante que se considera autora de un injusto penal (una conducta típica y antijurídica), y que en su vivienda se vendían estupefacientes, se tiene por demostrado que la misma no es culpable o responsable del hecho delictivo por el que se le acusó; y el comiso, como se dijo, solo procede contra aquellos bienes, objetos o instrumentos provenientes de la actividad delictiva o utilizados para su realización por los sujetos activos que han cometido el delito."* También véase la STCP San José N° 825/2010 de 27 de octubre, que señala: *"Debe tener presente la parte acusadora que tanto el artículo 110 del Código Penal como el 465 del Código Procesal Penal se refieren a la existencia declarada de un delito (ciertamente en cuanto a este extremo, en contra, Voto No. 2000-76), cuestión que en el asunto que nos ocupa no se ha dado. A lo sumo existe en este caso la presunción de que se ha cometido un delito."* Se habla también de la necesaria demostración *del delito* para que proceda el comiso en la SST N° 40/2001 de 12 de enero.

[40] P. ej., la STCP San José N° 462/1996 de 16 de agosto indica: *"Debe reconocerse, contrario a lo dicho por el recurrente, que en forma excepcional podría ordenarse el comiso de un objeto (Art. 110 del Código Penal) aun cuando no se ha dictado sentencia condenatoria, por ejemplo en supuestos en que la absolutoria se basó en la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad."* Vid. también la STCP San José N° 76/2000 de 28 de enero, que señala: *"...un bien para ser susceptible de comiso, solo requiere que sea objeto del delito y no que se demuestre la autoría de una persona y en igual sentido los artículos 465 y 466 del cpp. no exigen para la procedencia del comiso que se dicte una sentencia condenatoria. Verificado en el caso que se dio una alteración de los números de motor y marco de la motocicleta y que no corresponden a ningún número registrado, que la misma no tiene placa, estamos ante una figura penal de Alteración de Señas y Marcas que establece el artículo 368 del Código Penal y procede mantener en comiso del bien, especialmente por no poderse determinar a quién pertenece. El imputado por su parte no ha demostrado en autos tener algún derecho constituido sobre la motocicleta, pues la posesión o tenencia en tales circunstancias, no tiene la capacidad de legitimar ningún derecho sobre el bien. Esta Cámara ha dispuesto en otros casos, devolver el bien decomisado cuando el tenedor ha alegado una actuación de buena fe y han aportado documentos idóneos que demuestra una adquisición del objeto, lo cual no ocurre en la especie... ni siquiera se sabe cuál es el número real de identificación del bien ni porta placa alguna."* Asimismo, en la STCP San José N° 629/2000 de 14 de agosto, se dispuso el comiso en un caso donde se dictó un sobreseimiento definitivo por extinción de la acción penal tras el pago de la multa. En ella se afirma que el comiso también puede proceder tras el dictado de la sentencia absolutoria: *"Es lógico entenderlo así por cuanto el comiso se decreta como resultas de una sentencia, sea ésta condenatoria o absolutoria, y, entre esta última, por analogía, el sobreseimiento, que en el fondo cumple con los mismos efectos procesales. En ese mismo sentido el artículo 465 CPP determina que "cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún objeto,*

sentencia condenatoria para que proceda el comiso, sino solo la comprobación de que ha existido un delito.[41]

Igual que sucede en España con el art. 127 CP, del art. 110 CP se desprende que el comiso resuelve de forma definitiva sobre la titularidad de los bienes que han sido catalogados como efectos, instrumentos y ganancias de la infracción. No obstante esto, han existido algunas resoluciones en las que se han admitido procedimientos de revisión contra sentencias condenatorias firmes, específicamente sobre lo resuelto en relación con el comiso. Y, en consecuencia, se imprime a la medida un carácter provisional.

Para comprender esto, es necesario reseñar que en el pasado una de las causales para promover el procedimiento de revisión de sentencias era la violación al debido proceso. A pesar de que la Sala Constitucional ha señalado que el procedimiento de revisión de sentencias condenatorias firmes no alcanza lo dispuesto sobre el comiso[42] y de que en términos generales, los órganos jurisdiccionales que

---

el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia". Habrá casos muy relevantes en que no obstante la exculpación del acusado sea necesario decretar el comiso. Por ejemplo la destrucción de droga, material explosivo o sustancias venenosas. En estos casos está en juego la salvaguarda de intereses públicos de trascendencia (la salud pública o la seguridad común). Es obvio entender se trata de medidas a imponer con cautela y prudencia, no sea que innecesariamente se lesionen intereses del imputado, no obstante su absolutoria. Desde esa óptica debe advertirse la situación en cada caso concreto, y si, conforme a lo dispuesto en la ley, es de proceder decretar el comiso de bienes." Finalmente, otro ejemplo se encuentra en la STCP San José, N° 1016/2008 de 9 de octubre. En ésta se ha confirmado el comiso de bienes ilícitos en sí mismos (mercancía importada que es falsificada) a pesar de la absolutoria de la imputada.

[41] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Este Juez salvó el voto en la STCP San José N° 629/2000 de 14 de agosto mencionada atrás, pues si bien acepta que el comiso puede ordenarse a pesar de que no se ha dictado una sentencia condenatoria, se requiere demostrar que la infracción se cometió. Al respecto, apunta: *"En el presente asunto los imputados pagaron el máximo de la multa. Sin embargo, no puede estimarse que por pagar la multa sea cierta la infracción que les imputa, puesto que ni siquiera se requiere la aceptación de los cargos en la ley. Por ello por el simple pago de la multa no puede ordenarse el comiso. Se requiere al respecto que se realice una fundamentación del juez o jueza que valore el material probatorio recibido para determinar si existen elementos suficientes para estimar que se cometió la infracción y que por ello procede el comiso, lo que no ocurrió en este asunto."*

[42] SSSC N° 4638/1999 de 16 de junio; N° 5730/2001 de 27 de junio y N° 8565/2001 de 28 de agosto. En esta última se indicó: *"El único punto que discute la reclamante es la falta de una debida fundamentación de la decisión tomada respecto del comiso de un bien inmueble, del que perdió su propiedad sin que se dieran las condiciones legalmente establecidas para ello, pues no se demostró que tuviera relación con el delito por el que se le condenó. Conforme señala el artículo 367 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria decidirá sobre el comiso de los bienes, lo cual implica esto que el juzgador debe motivar tanto los aspectos fácticos como jurídicos relativos al comiso, a fin de que las partes puedan conocer las razones por las cuales se tomó una determinación en ese sentido. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y 110 del Código Penal el comiso es una de las consecuencias civiles del hecho punible, junto con la restitución y la reparación e indemnización de daños y perjuicios. Esto conlleva a entender que no es posible por la vía del procedimiento de revisión de la sentencia autorizado por el artículo 408 inciso g), entrar a conocer aspectos del fallo ajenos a la condena penal del imputado. El citado numeral 408 establece claramente que la revisión procederá contra las sentencias firmes y a favor del condenado o de aquel a quien se le haya impuesto una medida de seguridad y corrección, lo cual implica necesariamente que lo único que puede discutirse por la vía de su inciso g), es lo relacionado con la condena penal, y no con las consecuencias civiles de la comisión del ilícito, cuya posibilidad de revisión y enmienda se agota, en nuestra legislación, con el recurso de casación."*

resuelven esos procedimientos se han apegado a ese criterio, al declarar inadmisibles los reclamos formulados sobre el comiso de bienes,[43] en algunos casos los han admitido a trámite y los ha acogido, anulando los decomisos que habían sido ordenados por los tribunales sentenciadores, al entender que a pesar de su ubicación sistemática, el comiso es una medida sancionatoria que, como cualquier otra, está sometida a ciertas reglas, p. ej., el deber de fundamentación,[44] o el de garantizar al tercero su derecho a intervenir en el proceso.[45] En otras sentencias ni siquiera se da

---

En igual sentido, vid. SSSC N° 9376/2001 de 19 de septiembre; N° 12213/2001 de 28 de noviembre; N° 132/2002 de 16 de enero; N° 1466/2002 de 13 de febrero; N° 8265/2003 de 6 de agosto y N° 5301/2005 de 4 de mayo, entre otras. Ahora, antes de éstas hubo algunas resoluciones de la Sala Constitucional en las que se afirmó que la fundamentación de este tema (el comiso) sí integraba el debido proceso: P. ej., la SSC N° 5326/1998 de 24 de julio.

[43] Vid. v.g., las siguientes resoluciones: STCP San Ramón N° 155/2010 de 16 de abril; SSST N° 1204/2005 de 26 de octubre; N° 1417/2005 de 7 de diciembre y N° 863/2006 de 8 de setiembre; las SSTCP San José N°185/2002 de 1 de marzo; N° 116/2003 de 13 de febrero; N° 884/2005 de 8 de septiembre y N° 1241/2006 de 24 de noviembre, entre muchas otras.

[44] Apunta la SST N° 888/2005 de 17 de agosto: *"III [...] El tema que se trata en el alegato que se admitió, relativo a la fundamentación del comiso, fue considerado por la Sala Constitucional en el precedente 5326-98 de las 9:06 horas del 24 de julio de 1998 como integrante del debido proceso. Aun cuando en un fallo posterior la misma Sala Constitucional estimó que lo relativo al comiso no alcanza a ser cubierto por la garantía de doble instancia del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, específicamente en el precedente 4638-99 de las 15:45 del 16 de julio, por tratarse de consecuencias civiles del hecho punible y por lo tanto de un punto que no es susceptible de ser conocido en revisión, el primero de los precedentes de ese órgano y con sustento en él, reiterada jurisprudencia de esta Sala, ha admitido conocer del punto dentro del procedimiento de revisión por infracción al debido proceso, cuando el tema lo plantea y afecta al sujeto penalmente condenado, por tratarse, el comiso, de un tema que está estrechamente ligado a la materia penal y constituir, más allá de la denominación del legislador, de un extremo sancionatorio que impone el deber ineludible de fundamentación por exigencia constitucional en los numerales 39 y 41, especialmente cuando el comiso afecta además al acusado, sujeto con legitimación para gestionar el procedimiento de revisión del fallo, de modo que se omite la consulta preceptiva y el caso se resolverá con el precedente inicialmente citado, de conformidad con lo dispuesto por la propia Sala Constitucional en la resolución 9384-01 de las 14:30 horas del 19 de setiembre de 2001."*

[45] P. ej., la STCP San José N° 637/2010 de 9 de junio, que indica: *"I.- El señor Omar Agüero Salazar, como representante legal de la compañía "Corporación Agüero Pérez Sociedad Anónima", presenta un "recurso de revisión" en contra de la sentencia dictada en este asunto... Impugna el primer pronunciamiento en cuanto ordenó el comiso del arma incautada al imputado R. y el segundo en tanto denegó la devolución de dicho artefacto. Sostiene que ese revólver es propiedad de su representada y no de la persona a la cual se le decomisó. Ofrece como prueba, una copia certificada de la factura de compra del arma, la certificación de la personería de la citada empresa y una certificación del Departamento de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública. Su reclamo se refiere a una presunta violación al debido proceso y al derecho de defensa. Pide que se revise lo resuelto y se decida conforme a derecho. El alegato es de recibo. Las armas de fuego, al igual que sucede con otros bienes muebles, como los vehículos automotores, poseen numeraciones específicas que sirven para su individualización. A su vez, las leyes establecen los casos en que esos datos deben constar en un registro, mediante el cual pueda conocerse si un determinado bien de ese tipo está inscrito o matriculado a nombre de alguna persona física o jurídica. En ese sentido, dada la existencia del Departamento de Armas y Explosivos, del Ministerio de Seguridad Pública, antes de proceder –en el presente asunto– al comiso del arma incautada al justiciable R., era necesario solicitar la respectiva información a esa oficina, para determinar si existía una inscripción formal del bien y, en caso de que así fuera y se tratara de un tercero, darle oportunidad a éste (ya fuese una persona física o jurídica), para que pudiera comparecer al proceso, en defensa de sus derechos. Sin embargo, lo cierto es que en el expediente bajo examen no se actuó de esa forma, con lo cual se conculcaron los intereses de la Corporación Agüero Pérez Sociedad Anónima, como entidad que aduce tener el revólver en cuestión matriculado a su nombre. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Política: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para la injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o*

una explicación en cuanto a este tema, dejando de lado las características de esta figura.[46] Toda esta situación ha provocado, sin dudas, gran inseguridad jurídica.

Entiendo que este problema queda solventado con la reforma hecha al Código Procesal Penal mediante la *Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal, Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010*, pues en su art. 2 se suprime el debido proceso como causal de revisión.

El art. 110 CP no especifica el destino que el Estado debe dar a los bienes decomisados. Por su parte, el art. 465 CPP señala que *"Cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia. En su caso los instrumentos con que se cometió el delito, serán remitidos al Museo Criminológico de la Corte Suprema de Justicia."* Como se observa, el Código Procesal Penal remite a otras normas con lo cual serán éstas y no la naturaleza de los bienes (por lo que esta frase en el art. 465 CPP está sobrando), las que determinen el destino que se asigne a éstos. Así p. ej., en su art. 1, la Ley de distribución de bienes confiscados o caídos en comiso,[47] establece que determinados bienes (p. ej., mercaderías, vehículos, semovientes), serán donados en forma equitativa a centros o instituciones de educación, de beneficencia, o a otras dependencias del Estado, que los necesiten para la realización de sus fines.[48]

---

intereses morales. Debe hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes." Con base en lo anterior, este tribunal estima que el procedimiento de revisión resulta ser –en esta hipótesis concreta– un medio adecuado para cumplir con el debido proceso y restituir a la empresa gestionante en el pleno ejercicio de los derechos que le asisten para reclamar la devolución del bien incautado, lo que se le impidió al no ser tenida como parte en el proceso. Es decir, se le debe dar oportunidad para que, aparte de acreditar la inscripción, se justifiquen las razones por las cuales ese objeto se hallaba en poder del encartado, quien no poseía autorización para portarlo... En consecuencia, lo que corresponde es declarar con lugar el procedimiento de revisión incoado en esta causa y anular parcialmente la sentencia de mérito... sólo en cuanto decretó el comiso del revólver calibre 38 especial, serie 04669F, extremo sobre el cual debe ordenarse el reenvío para una nueva sustanciación, en la que deberá tenerse como parte a la Corporación Agüero Pérez Sociedad Anónima, representada por el gestionante Omar Agüero Salazar."

[46] Así sucede en la SST N° 250/2009 de 13 de marzo. En ella se anuló la sentencia cuya revisión se solicitaba. Específicamente, se anuló el comiso ordenado sobre el saldo de la cuenta bancaria del acusado. También se ordenó al ICD la devolución del dinero, por considerar que no se había demostrado el nexo entre los bienes sobre los que recae el comiso y la comisión del ilícito (tenencia de drogas para el tráfico). No se toma en cuenta que la decisión adoptada sobre el comiso había adquirido firmeza y que el comiso es una figura que resuelve definitivamente sobre la titularidad de los bienes.

[47] Ley N° 6106, de 7 de noviembre de 1977 y sus reformas. Vid. también los Reglamentos de la Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Decomisados, Decretos Ejecutivos N° 8539 del 25 de abril de 1978 y N° 26132, de 8 de junio de 1997.

[48] "Artículo 1. Los bienes que se detallen en los incisos a), b), e), ch) y d) serán donados, en forma equitativa, a centros o instituciones de educación, de beneficencia, o a otras dependencias del Estado, que los necesiten para la realización de sus fines.

a) Las mercaderías, vehículos u otros objetos cuando por sentencia se decrete su confiscación o comiso. La donación o entrega será ordenada por resolución de la Proveeduría Judicial, libre de derechos e impuestos. En ambos casos se levantará un acta para hacer constar el traspaso, la cual se transcribirá a la Contraloría General de la República y a la Secretaría de la Corte, lo mismo que a la Dirección General de Aduanas, si los bienes estuvieren afectos a requisitos aduaneros. Si se tratare

C. Artículo 103 del Código Penal. Naturaleza jurídica del comiso.

Son muchas las sentencias de la Sala Constitucional o la Sala Tercera que sin examinar el punto y solo basándose en la ubicación que tiene la figura en el Código Penal, entienden el comiso como una consecuencia civil.[49]

Con un criterio distinto, el Tribunal de Casación Penal de Cartago habló del comiso en algunas de sus resoluciones como una pena accesoria.[50] Sin embargo, en

---

de vehículos, el Registro respectivo hará el traspaso en sus libros con vista en el mandamiento que le envíe la autoridad judicial.
Por los mismos procedimientos, también deberán entregarse a esas instituciones o dependencias los bienes no confiscados ni caídos en comiso que se encuentren a la orden del juez o tribunal, cuando transcurran más de tres meses de terminado el proceso, sin que el interesado haya hecho gestión para retirarlos. Transcurrido ese término, caducará la acción del interesado para interponer cualquier reclamo.
Las reglas establecidas en este inciso también se aplicarán cuando se trate de bienes confiscados o decomisados dentro de los procesos fenecidos, de conformidad con la legislación procesal anterior, o cuando, sin haberse decretado la confiscación o el comiso, permanecen a la orden de la autoridad judicial después de la sentencia o del sobreseimiento provisional o definitivo;
b) Cuando lo aprehendido fueren semovientes que estén sujetos a un posible comiso, el juez podrá ordenar el depósito judicial o que se proceda a la venta de esos bienes en subasta pública, según las circunstancias. La base para el remate se fijará pericialmente, y el precio quedará depositado en la respectiva cuenta judicial, para su devolución, en caso de sentencia absolutoria, o para su distribución entre las instituciones públicas aquí señaladas, en caso de sentencia condenatoria, de acuerdo con las cláusulas contenidas en esta ley. En atención a la urgencia del caso, a juicio del juez, bastará publicar el edicto en uno de los periódicos locales;
c) Si se tratare de productos alimenticios que puedan perecer de inmediato el juez ordenará que se haga la entrega a las instituciones mencionadas, por medio de la Proveeduría Judicial, si su dueño no las recogiere dentro de veinticuatro horas, sin previo requerimiento, o cuando exista posibilidad de que se decrete el comiso;
ch) Derogado.
d) Cuando se trate de efectos rematados en las aduanas del país y que no fueron adjudicados, así como de mercancías o vehículos caídos en comiso por las autoridades de investigación criminal o de tránsito, la donación o entrega se efectuará por medio del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), en coordinación con las dependencias depositarias de esos bienes.
e) El mobiliario, equipo de oficina y otros objetos que no sean ocupados por las instituciones autónomas y semiautónomas serán igualmente donados por intermedio de la Proveeduría Nacional."

[49] P. ej., en la SSC 8565/2001 de 28 de agosto y las SSST N° 787/2006 de 23 de agosto; N° 290/2000 de 17 de marzo y N° 139/2011 de 16 de febrero se habla de esta figura como una consecuencia civil. Lo curioso es que a pesar de sostener que es una consecuencia civil derivada del hecho punible, en esta última sentencia la Sala Tercera considera que el juez está *en la obligación* de ordenar el comiso.

[50] SSTCP Cartago N° 236/2010 de 9 de julio y N° 265/2010 de 10 de agosto. Esta última postura ha sido objeto de crítica en la sentencia del TCP de San José N° 1009/2010 de 31 de agosto, tras considerar de manera acertada, que el comiso no se puede estimar como pena ya que no está previsto en el catálogo de penas accesorias (art. 50.2 CP); que no se aviene con el principio de culpabilidad que excluiría su aplicación en caso de que no haya condena y que se admite con respecto a terceros, lo que chocaría con el carácter personalísimo de las penas. Finalmente, según el art. 110 CP el comiso procederá salvo el derecho que sobre los bienes tengan ofendidos o terceros, con lo cual puede concluirse que solo procederá una vez que estén satisfechas las responsabilidades civiles, lo que lógicamente no sucedería si fuese una pena.

sus más recientes sentencias, ese mismo Tribunal ha cambiado de criterio, concluyendo que el comiso es una consecuencia *sui generis* del delito y que debe ser regido por el principio de proporcionalidad y razonabilidad.[51] Este es el criterio impera actualmente.

La sentencia del TCP de San José N° 1009-2010 de 31 de agosto, es la que ha examinado con mayor profundidad el tema de la naturaleza jurídica de este instituto. Descartó que ésta se pueda determinar con base en su ubicación sistemática en el ordenamiento jurídico, pues si eso fuese suficiente, debería concluirse que el comiso es una consecuencia civil del delito. Señala el fallo en examen: "*Pero el tema no es tan sencillo porque, de aceptarse esa premisa falsa, ello implicaría concluir, por ejemplo, que como la reparación civil en el proceso penal se rige por el principio dispositivo, no podría ordenarse el comiso de oficio sino que se requeriría demanda previa de quien resulte titular de la acción civil en representación del Estado (que sería la Procuraduría General de la República o el Ministerio Público si le es delegada), nada de lo cual se aviene con, inclusive, el carácter imperativo de las normas legales que regulan el tema ... Así las cosas, el abordaje simplista no satisface...*"

Entiende este Tribunal que el comiso no es una consecuencia civil, pues no está sometido al principio dispositivo y de congruencia y no está dirigido a la restitución, reparación o indemnización (tan es así que el art. 103 citado lo separa de esos fines). Del mismo modo, mientras que la discusión sobre la responsabilidad civil *ex delito* puede diferirse a la jurisdicción civil, no cabe hacer un reclamo aislado por el comiso en esa jurisdicción. Por último, en tanto la responsabilidad civil se trasmite a los herederos, si el imputado muere sin que se haya llegado a acordar el comiso no se puede aplicar éste.

Esta opinión también es expuesta en otras sentencias (aunque con un razonamiento más sucinto[52]) y es la que había expresado la doctrina costarricense. Abdelnour Granados, p. ej., indicó que el comiso no debería estar ubicado dentro de las consecuencias civiles del hecho punible, pues no tiene un carácter reparador del daño y no participa del carácter privado que es propio de la responsabilidad civil y los efectos de ésta. El interés en su aplicación es estatal y por ende, su naturaleza es pública. Tan es así que el Estado y no la víctima es el favorecido con imposición. El comiso tiene un carácter personal, pues en principio es imponible al infractor, mientras que la responsabilidad civil tiene un carácter impersonal, pues el responsable

[51] SSTCP de Cartago N° 176/2011 de 10 de junio y N°207/2011 de 21 de julio.

[52] Vid., p. ej., la STCP San José, N° 991/2008 de 30 de septiembre y la SST N° 599/2007 de 31 de mayo. En esta última se niega a pesar de su ubicación sistemática, que el comiso pueda considerarse una consecuencia civil del hecho punible, concluyendo que es una figura de naturaleza penal: *"Conforme al análisis de las normas citadas puede apreciarse que por los términos en que el artículo 110 del Código Penal define el comiso, se trata en realidad de un efecto penal, de una consecuencia del hecho punible prevista en favor del Estado o alguna de sus instituciones públicas (no de un sujeto de derecho privado); que el comiso no se trata de una consecuencia civil porque es posible ordenarlo aunque no se haya ejercido la acción civil resarcitoria, aún en aquellos delitos que no lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de personas particulares, porque el comiso también procede en delitos contra bienes jurídicos abstractos como, por ejemplo, los «Deberes de la Función Pública» (Abuso de autoridad, Concusión, etc.) o los delitos contra la «Fe Pública» (Falsificación de documentos, de moneda y otros valores, etc.)."*

civil puede ser una persona diferente del imputado. De ahí que se hable de responsabilidad civil solidaria o subsidiaria y de que el responsable civil también pueda ser una persona jurídica. Por esto, la autora concluye que la regulación sobre el comiso fue erróneamente ubicada y que no se puede estimar una sanción de carácter civil.[53]

Con lo expuesto en el anterior acápite, demostré que el comiso fue ubicado erróneamente en el Código Penal. Los motivos por los cuales no se puede considerar una consecuencia civil son los mismos que formulé *supra*, concretamente en el capítulo III apartado III.C.2 de esta investigación, al cual remito al lector. Hablamos de una figura jurídica que se articula al amparo del poder de imperio del Estado y en donde las partes carecen de poder de disposición, como sí sucede tratándose del ámbito civil. Al Estado se trasfiere el derecho que el titular disfruta de manera forzosa, sin tener que otorgar indemnización alguna. Entre las partes (el Estado y el titular del derecho), se articula una relación dispar, en la que la defensa de los intereses de la colectividad se impone al interés particular. Repito: no se trata de una relación entre particulares dirigida a la protección de sus intereses, en la que cabe disponer de la acción.

La sentencia N° 1009-2010 mencionada, concluyó que el comiso es una medida restrictiva de derechos, de carácter sancionador y en consecuencia, que está sometida a los principios que limitan el poder de imperio del Estado, como el de legalidad y proporcionalidad.[54] Comparto esta opinión. Desde mi óptica, estamos ante una medida de Derecho público, concretamente penal, pues se articula en este ám-

---

[53] ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.,* pp. 360, 381-382. Con una redacción algo confusa, Bonilla Guzmán señala *"...sea técnicamente correcto o no, en el ordenamiento jurídico costarricense el comiso es una consecuencia patrimonial derivada de la comisión de un delito y no una pena."* BONILLA GUZMÁN, Luis Alonso. "El comiso en los delitos contemplados en la Ley de Sicotrópicos. Análisis de los problemas más comunes en la materialización del comiso en los procesos judiciales." En: *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal.* San José, Poder Judicial, N° 9, 2006, p. 105. Aunque este autor niega que el comiso sea una pena, no queda claro si comparte la idea de que es una consecuencia civil del hecho punible, postura que Abdelnour Granados rechaza.

[54] *"En el derecho costarricense se ubican como tales el tema de la condena en costas a la parte vencida (artículo 267 del Código Procesal Penal); la publicación de la sentencia en delitos contra el honor (artículo 155 del Código Penal); la reconstrucción, supresión, reforma, restitución o rectificación registral derivada de la falsedad de instrumentos públicos (artículo 483 del Código Procesal Penal); la inscripción de cierto tipo de resoluciones (artículos 30 incisos j y k, 25 párrafo primero, 36 párrafos noveno y décimo del Código Procesal Penal y Ley del Registro y Archivo Judiciales) y el comiso. Así se ha regulado en países como Alemania y España y lo acepta la mayoría de la doctrina, aunque sin concordar sobre el nombre idóneo a usar, pero dejando claro que no participa de las características de los institutos señalados en acápites anteriores,... el comiso costarricense es, simplemente, una consecuencia señalada por el legislador para el delito (para cierto tipo de delitos, según se dijo y retomará) que, aunque tiene rasgos penales (legalidad, carga de la prueba, inocencia, nexo con el hecho), civiles (procede contra terceros) y administrativos (coercitividad y oficiosidad estatal), no se ajusta con precisión a ninguno de ellos y, por eso, no le pueden ser aplicables principios propios de la pena (como la culpabilidad o temporalidad), de las medidas de seguridad (como la personalidad) o de la reparación (como el dispositivo). De allí que resulte válido que el legislador lo regule para aplicarse oficiosamente, estableciendo la pérdida de titularidad como definitiva, etc. No obstante, ello no significa que, como medida privativa de derechos que al fin y al cabo es, no esté sometida a principios como el de legalidad y de proporcionalidad que son propios, inclusive, de cualquier materia sancionatoria, inclusive en el área del derecho administrativo, por ser los únicos limitadores del poder de imperio del Estado, tal y como se abordará con mayor detalle enseguida."*

bito del ordenamiento jurídico y en relación con conductas que son constitutivas de delito, lo que le supone el respeto de los principios más elementales que imperan en esta materia.

A mayor abundamiento, solo el deseo de sancionar el empleo de bienes para cometer delitos explica la decisión del legislador de decomisar los instrumentos con independencia de su peligrosidad. De esta forma, también se demuestra el carácter punitivo de la medida.

D. Artículo 96 del Código Penal.

Señala esta norma: *"El otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad civil ni el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito."*

La mayoría de los institutos jurídicos que se mencionan en este artículo (el indulto;[55] el perdón judicial;[56] la rehabilitación,[57] la condena de ejecución condicional[58] y la libertad condicional[59]), son aplicables tras la imposición de la condena, con lo cual es comprensible que no afecten lo relacionado con el comiso, pues sobre éste se resuelve en la sentencia.

Tratándose de la amnistía la situación es distinta, pues según el art. 89 CP su aplicación supone tanto la extinción de la pena impuesta como la de la acción penal.[60] Además, no se contemplan límites en cuanto a la etapa procesal a partir de la cual puede emplearse, con lo cual no hay base jurídica para negar su concesión tras iniciar el procedimiento. Aclarado esto, entiendo que si la Asamblea Legislativa concede la amnistía luego de que se haya dictado la condena y ordenado el comiso, es comprensible que se mantenga lo acordado en relación con los bienes. Sin embargo, si la amnistía se concede antes de que se discuta sobre la existencia del delito y el vínculo de los bienes con ese delito (ambos presupuestos del comiso) y se dispone la extinción de la acción penal, la medida solamente debería comprender los bienes intrínsecamente peligrosos.

Es la misma respuesta que debe darse a cualquier otro caso que involucre la extinción de la acción penal, al menos mientras se diseña una regulación material y procesal que permita la imposición excepcional de la medida bajo ciertas circuns-

[55] Art. 90 CP.
[56] Art. 93 CP.
[57] Art. 70 CP.
[58] Arts. 59 y 60 CP.
[59] Art. 64 CP.
[60] "Art. 89 CP.
La amnistía que sólo puede ser concedida por la Asamblea Legislativa en materia de delitos políticos o conexos con éstos extingue la acción penal así como la pena impuesta."

tancias, p. ej., ante la fuga del imputado, o la negativa del tercero titular a apersonarse al proceso, regulación que debe garantizar a la persona que se considere afectada por el comiso, la facultad de actuar en defensa de sus intereses y por supuesto, en caso de que tenga razón, el derecho a la devolución del bien, o de la indemnización correspondiente.

En la segunda parte de la norma, el legislador confundió las causales de extinción de la acción penal y las de la pena lo que es un error, pues las primeras se configuran antes de que haya una sentencia y las segundas solo se pueden dar si hay una condena. Además, muchas de las causales que extinguen la pena (el indulto, el perdón judicial y la amnistía)[61] son, precisamente, las mencionadas en la primera parte del artículo. Finalmente, en relación con éstas no se puede hablar en futuro (la norma usa el término *impedirá*), ignorando que ya hay una sentencia condenatoria y probablemente, un pronunciamiento en cuanto al comiso.

Con la extinción de la acción penal la norma adquiere otro sentido. Las causales de ésta se articulan antes de que haya un pronunciamiento en cuanto a los hechos y el vínculo entre esos hechos y los bienes.[62] Así las cosas, si no se tiene como demostrada la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 110 CP y pese a esto, se decreta el comiso de los instrumentos, puedo concluir que estamos ante un comiso objetivo, cuya aplicación solo podrá sintonizar con los fundamentos y fines del instituto si se exige que esos instrumentos sean intrínsecamente peligrosos. De lo

---

[61] Con excepción de las mencionadas, el Código Penal solo prevé como causal de extinción de la pena la prescripción de ésta (art. 84 y siguientes del CP). No incluye, p. ej., la muerte del condenado. Lo anterior es producto de una serie de reformas que se han realizado en el ámbito penal y procesal penal, según creo, bastante inadecuadas en lo que a técnica legislativa se refiere.

[62] "Art. 30 CPP.
Causas de extinción de la acción penal
La acción penal se extinguirá:
a) Por la muerte del imputado.
b) Por el desistimiento de la querella, en los delitos de acción privada.
c) Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, realizado antes del juicio oral, cuando se trate de delitos sancionados sólo con esa clase de pena, caso en el que el tribunal hará la fijación correspondiente a petición del interesado.
d) Por la aplicación de un criterio de oportunidad, en los casos y las formas previstos en este Código.
e) Por la prescripción.
f) Por el cumplimiento del plazo de suspensión del proceso a prueba, sin que esta sea revocada.
g) Por el indulto o la amnistía.
h) Por la revocatoria de la instancia privada, en los delitos de acción pública cuya persecución dependa de aquella.
i) Por la muerte del ofendido en los casos de delitos de acción privada, salvo que la iniciada ya por la víctima sea continuada por sus herederos, conforme a lo previsto en este Código.
j) Por la reparación integral, a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso…
k) Por la conciliación.
l) Por el incumplimiento de los plazos máximos de la investigación preparatoria, en los términos fijados por este Código.
m) Cuando no se haya reabierto la investigación dentro del plazo de un año, luego de dictado el sobreseimiento provisional."

contrario estaría imponiéndose una medida de contenido sancionatorio a pesar de que no hay una declaratoria de responsabilidad criminal alguna.

La jurisprudencia ha admitido el comiso de bienes cuando a pesar de no haberse determinado si la conducta es típica, antijurídica y culpable, se dan dos circunstancias: se cuenta con una sentencia (p. ej., una sentencia de sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal) y la tenencia de los instrumentos a decomisar es en sí misma prohibida.[63] Creo que el anterior razonamiento es erróneo, en tanto confunde la prohibición, que puede depender del cumplimiento de requisitos administrativos, con el tema de la peligrosidad del bien. Es esta circunstancia (la peligrosidad) y no la primera la que debería motivar el comiso objetivo que contempla el artículo 96 CP.

[63] *"En lo que sí tiene razón el recurrente es respecto a que tratándose de un sobreseimiento por prescripción de la acción penal, como es este caso, no se determina la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad, ni la culpabilidad, pues no se da el juicio tendiente a su determinación, tampoco se establece la inexistencia del delito, aunque no pueda ser perseguido penalmente por ello, de ahí que el imputado tenga derecho a renunciar a la prescripción. Por lo que no procedería el comiso de los objetos que presuponga el establecimiento del delito. Sin embargo, sí procedería el comiso en los supuestos de "los instrumentos del delito" cuya portación, posesión, tenencia por sí misma sea prohibida, de manera que no podría a raíz de un sobreseimiento por prescripción devolver el arma a quien no tiene autorización para portarla, o las drogas prohibidas, o la moneda falsa. Sean, aquellos objetos cuya tenencia, posesión, utilización, etc. por parte del sujeto de que se trate, resulta por sí misma prohibida. Debiendo recordarse que para que proceda la responsabilidad civil, y por ende el comiso que forma parte de ello, no se requiere de un delito, ni siquiera de una conducta típica, por lo que la prohibición del ordenamiento jurídico en general, impediría esa devolución. Por otra parte el § 103 del Código Penal, alude a que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que se determinará en la sentencia condenatoria, en la que se ordenará el comiso. Y el art. 110 del mismo código, relativo al comiso, se refiere al delito, indicando: "El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros." Por su parte el Código Procesal Penal, señala en el artículo 366: "Absolución. La sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las medidas cautelares, la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias y fijará las costas..." (la negrita es nuestra). Y el 367 del mismo código, relativo a la condenatoria, expresa en lo que interesa: "...La sentencia decidirá también sobre las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles. Decidirá sobre el comiso y la destrucción, previstos en la ley." También los artículos 465 y 466 del c.p.p. hacen referencia al comiso, el primero regula cómo debe procederse cuando la sentencia ordena el comiso, sin especificar qué tipo de sentencia, y el segundo, se refiere al procedimiento a seguir respecto a las cosas no sujetas a comiso, sin que las especifique. De la citada normativa podemos concluir que no solo en los casos de existencia de un delito, ni solo en los casos de condenatoria procede el comiso, sino cuando lo disponga la ley, aunque no siempre pueda decidirse sobre ello en la vía penal."* STCP San José N° 864/2002 de 17 de octubre.

III. Ley N° 8204 de reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.

La Ley N° 8204, denominada *reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*,[64] es un cuerpo legal que contiene medidas administrativas, procesales y penales dirigidas a la prevención y lucha contra el narcotráfico; el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La ley contiene una serie de disposiciones en relación con el comiso, que dada la importante cantidad de delitos a los que se aplica (los que describe la ley en los arts. 57 a 78 y que contemplan todas las conductas relacionadas con los fenómenos del narcotráfico, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en sus facetas más variopintas), son de aplicación constante.

En esta ley, los términos decomiso y comiso no son sinónimos.[65] Con el primero se alude a una intervención de los bienes de carácter provisional[66] y con el segundo, a la resolución que se adopta en una sentencia firme sobre la titularidad de esos bienes.[67] Se trata de una distinción que a mi modo de ver, es particular al medio costarricense y que es errónea, pues lo que se ha dado en denominar decomiso en realidad es el secuestro, entiéndase la medida cautelar de carácter exclusivamente procesal prevista en el art. 198 CPP,[68] dirigida a la recolección y conservación de los bienes vinculados con la infracción, los sujetos a comiso y los que puedan servir como medio de prueba.[69] Esta diferenciación no solo se aprecia en la ley aquí examinada, sino también en la normativa procesal penal.[70]

---

[64] La ley N° 8204 es del 26 de diciembre de 2001 y se publicó en La Gaceta N° 8 de 11 de enero de 2002. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/

[65] P. ej., el Título V de la citada ley se denomina *Decomiso y Comiso de los Bienes Utilizados como Medio o Provenientes de los Delitos Previstos por esta Ley.*

[66] Léase el art. 83 de esta ley.

[67] Se desprende así del art. 87, que habla del comiso ordenado en sentencia firme.

[68] "Art. 198. Orden de secuestro

El juez, el Ministerio Público y la policía podrán disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación y aquellos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenarán su secuestro. En los casos urgentes, esta medida podrá delegarse en un funcionario de la policía judicial."

En esta norma también se aprecia una imprecisión, a saber, llamar confiscación lo que en el Código Penal se denomina comiso. Si bien en la práctica se entiende que son sinónimos, la confiscación es una pena proscrita desde hace muchos años, lo que no sucede con el comiso (vid. capítulo III, apartado IV.A sobre la distinción entre confiscación y comiso).

[69] Abdelnour Granados v.g., habla de la práctica costarricense de llamar decomiso al secuestro y comiso a la imposición de la sanción prevista en el art. 110 CP, a pesar de que decomiso y comiso son sinónimos. ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.,* pp. 373. Vid. también BONILLA GUZMÁN, *op. cit.,* p. 99.

[70] P. ej., a pesar de que el art. 198 contempla el secuestro, el CPP en su art. 466 habla de las cosas decomisadas no sujetas a comiso. En concreto, señala:

"Restitución y retención de cosas secuestradas.

En los arts. 87 a 91 se contemplan algunas disposiciones sobre el destino de los bienes sometidos a comiso. Aunque se señala como beneficiario al Instituto Costarricense sobre Drogas,[71] tratándose de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, se deben seguir ciertos cánones, p. ej., el ICD debe destinar un 60% a programas de prevención.[72]

Los bienes que son susceptibles de comiso se describen en el art. 83 por expresa remisión del art. 87 que cité *supra*. Se contemplan los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley; los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, así como las acciones, los aportes de capital y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos.

Veamos las diversas categorías que engloba la norma. En primer lugar, el comiso puede recaer en los *instrumentos.* Innecesariamente, el legislador incluyó ejemplos de algunos bienes que pueden ser tener esa condición, v.g., bienes muebles e inmuebles, vehículos, equipos, valores y dinero. Sin fundamento alguno se crea confusión, pues el término *instrumento* es suficientemente amplio.

La norma no hace ninguna alusión en cuanto al carácter esencial que debe tener el instrumento en la comisión de la infracción. La jurisprudencia, contrario a lo que ha sucedido en España, no ha considerado necesario que el bien haya tenido un carácter esencial en la realización del hecho para que proceda su comiso. Todo lo contrario, ha admitido su empleo eventual.[73]

Las cosas decomisadas no sujetas a comiso, restitución o embargo, serán devueltas a quien se le secuestraron, inmediatamente después de la firmeza de la sentencia. Si hubieran sido entregadas en depósito provisional, se notificará al depositario la entrega definitiva.
Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta."
Nótese la forma en que el legislador usó la palabra decomiso para referirse al secuestro de bienes. Así, hace mención de la devolución de las cosas *decomisadas* a la persona a la que le fueron *secuestradas*.

[71] Vid. arts. 87 y 89.

[72] "Art. 87. Si, en sentencia firme, se ordena el comiso a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas de los bienes muebles e inmuebles, así como de los valores o el dinero en efectivo mencionados en los artículos anteriores, el Instituto podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos.
Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el Instituto Costarricense sobre Drogas deberá destinar:
a) El sesenta por ciento (60%) al cumplimiento de los programas preventivos; de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el IAFA.
b) Un treinta por ciento (30%) a los programas represivos.
c) Un diez por ciento (10%) al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados."

Esta distribución se contempla desde el momento en que los dineros son ingresados en la cuenta corriente del ICD, a la espera de una resolución definitiva. El art. 85 por su parte, prevé el destino que corresponde a los intereses que produzca el dinero secuestrado.

[73] Vid. p. ej., la SST N° 529/1994 de 12 de diciembre.

También se contempla el comiso de los *bienes o valores provenientes* de tales acciones. Entiendo que se trata de una expresión bastante amplia, que puede abarcar tanto los *efectos* como las *ganancias* de la infracción (o en otras palabras, cualquier producto de ésta), pero que deja por fuera los objetos de la infracción cuando no puedan catalogarse simultáneamente como instrumentos, efectos o ganancias, así como las ganancias que no *provienen* de la infracción, sino que son el precio por su comisión (p. ej., el pago por cometer un delito), así como las ganancias indirectas.

Gravísima es la última frase que autoriza el comiso del patrimonio de las personas jurídicas vinculadas con estos hechos, pues en ningún momento se indica que esos activos deban estar vinculados con un hecho o actividad criminal (p. ej., que son la ganancia de esa actividad), bastando con que la persona jurídica sí lo esté. Además, no se indica en qué términos debe darse el vínculo entre la persona jurídica y el hecho, tema que en Costa Rica adquiere mayor importancia si se considera que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas.[74]

Desde mi óptica, la ley no contempla el comiso de la droga, ni de cualquier otro objeto material de la infracción que no tenga simultáneamente, la condición de instrumento, efecto o ganancia. Aunque tratándose de las drogas el tema se resuelve a través del art. 96 de la ley, pues prevé la destrucción de cualquiera de las drogas referidas en ese cuerpo normativo, no se elimina la necesidad de regular expresamente el tema, pues repito, pueden existir otros objetos materiales de la infracción cuyo comiso no esté regulado.

La ley prevé que los bienes *decomisados* se deben poner en depósito judicial a la orden del ICD y que ese instituto debe asegurar el valor del bien para garantizar un posible resarcimiento por deterioro o destrucción. Hecho esto, puede disponer de los bienes, administrarlos o entregarlos en fideicomiso a un banco estatal.[75] Hablamos de un empleo provisional de los bienes que afortunadamente se hace tras asegurar el valor del bien.

Del mismo modo, se prevé la venta de bienes perecederos antes del dictado de la sentencia definitiva;[76] lo que no deja de presentar inconvenientes toda vez que no se contempla una indemnización para el titular en caso de que no se llegue a ordenar el comiso.

El art. 90 contempla un comiso de bienes que entiendo *objetivo*, para aquellos casos en que habiendo transcurrido un año del decomiso (recordemos que este último se concibe como una medida provisional), no se ha podido establecer la identidad del autor o partícipe del hecho, o éste ha abandonado los bienes. De igual forma, prevé que una vez transcurridos más de tres meses de concluido el proceso sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes utilizados en

[74] Bonilla Guzmán es de otra opinión. Sin entrar en detalles sobre el tema, considera que con la mención de *las acciones, los aportes de capital y la hacienda de personas jurídicas vinculadas con estos hechos,* el legislador alude a las ganancias o el provecho obtenido mediante el delito. BONILLA GUZMÁN, *op. cit.,* p. 106.
[75] Art. 84.
[76] Art 88.

la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará y el ICD podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció de la causa.

Aunque la creo positiva, esta norma fue elaborada con una técnica legislativa defectuosa, pues enuncia solo algunos de los bienes contemplados en el art. 83 que cité atrás. De la lectura de sus dos párrafos se extrae que solo se refiere a los instrumentos del delito (bienes de interés económico *utilizados en la comisión* de los delitos), dejando por fuera los efectos, ganancias y objetos materiales de la infracción que no encuadran en las anteriores categorías.[77]

Esta misma legislación contiene una regulación bastante amplia en torno al tercero de buena fe. Como punto de partida, se dice que las medidas se adoptarán sin perjuicio de los derechos de quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos y se obliga a comunicarles que tienen la posibilidad de apersonarse en el proceso (art. 93). Dicho esto, solo se reconoce la devolución de los bienes a ese tercero cuando concurren determinadas circunstancias. Dicho en otras palabras, la devolución es la excepción[78] que opera solo cuando se demuestra que:

a) El reclamante tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos.

b) Al reclamante no puede imputársele autoría de ningún tipo ni participación en un delito de tráfico ilícito o delitos conexos objeto del proceso.

c) El reclamante desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente.

d) El reclamante no adquirió derecho alguno a los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible secuestro y comiso.

e) El reclamante hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos.[79]

---

[77] En igual sentido, señala Bonilla Guzmán: *"Del texto del artículo 90 se entiende que su aplicación es solo para los bienes o efectos utilizados en el delito, no así para el producto del delito. Evidentemente ese no era el espíritu de la norma (ver artículo 93), sin embargo, no queda más remedio que aplicarla tal y como está."* BONILLA GUZMÁN, *op. cit.,* p. 107.

[78] La jurisprudencia ha dicho que los requisitos contenidos en esta norma deben ser acreditados para que proceda la devolución de los bienes al tercero que reclama ser de buena fe. STCP Cartago N° 331/2011 de 4 de noviembre.

[79] Art. 94.

Además de tener un interés legítimo sobre el bien, la persona debe tener la condición de tercero, de la que lógicamente carece cuando es autor o partícipe de la infracción o infracciones sometidas a proceso.

A diferencia de lo que sucede con la normativa española, esta ley prevé las dos situaciones en las que se puede encontrar el tercero en relación con los bienes, a saber, que los haya adquirido luego de la comisión del hecho, o que sean suyos con anterioridad a éste. En el primer caso, el tercero debe ignorar las circunstancias que motivan el comiso del bien. Además, si se concluye que el tercero al adquirir tenía el propósito de evitar el comiso, también se le puede imputar un delito (p. ej., legitimación de capitales, receptación, etcétera).

Tratándose del segundo supuesto (de quien es titular del bien antes de que se cometa la infracción), la norma exige desconocer que sus bienes se estaban empleando ilegalmente; o si lo conocía no haberlo consentido voluntariamente. Finalmente, exige que se haya hecho todo lo razonable para impedir ese empleo.

De uno u otro modo se exige que el tercero haya sido diligente en la vigilancia del bien. Si no lo fue, incluso en virtud de imprudencia, el comiso de sus bienes será procedente.

Aunque es una norma afortunada en buena medida, la no alusión a la peligrosidad del bien expone su carácter sancionatorio, pues si los bienes no son intrínsecamente peligrosos, o no lo son en relación con alguien (p. ej., el tercero que ha sido imprudente en la vigilancia del bien puede garantizar que no se empleará nuevamente en la comisión de una infracción penal), la única razón para que se imponga el comiso es el deseo de punir al tercero por su conducta, claramente vinculada con la realización del hecho.

La admisión del comiso ante la negligencia del propietario del bien utilizado por el sujeto activo del delito[80] tiene enorme trascendencia si se considera que de conformidad con la regla general contenida en el art. 110 CP, cualquier derecho de tercero impide el comiso (recordemos que ha sido la jurisprudencia y no el legislador el que ha añadido la exigencia de buena fe). Además, no se puede dejar de señalar que según la jurisprudencia y la doctrina el comiso previsto en el art. 110 CP solo cabe en relación con delitos dolosos y en esta ley se admite en relación con hechos culposos p. ej., la facilitación culposa de un delito de legitimación de capitales (art. 70).[81]

---

[80] Bonilla Guzmán considera afortunada esta disposición. Según él, *"...es acorde con la posibilidad de perseguir capitales de negocios lícitos utilizados como fachada de actividades ilegales, aun cuando los socios de los delincuentes no participen en el delito, pero actúan de manera negligente, que es diferente a las acciones conscientes de un legitimador de bienes (de ser conscientes de las actividades ilícitas, su actuar encuadraría en el delito de Lavado de Activos, previsto por el artículo 69 de la Ley 8204)."* BONILLA GUZMÁN, *op. cit.,* p. 109.

[81] "Art. 70.
Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya

Aunque no está directamente relacionado con el tema en examen, estimo necesario hacer una breve alusión a los delitos de legitimación de capitales contemplados en esta ley. Los artículos 69, 69 bis y 70[82] contemplan la legitimación de bienes procedentes de cualquier delito (y no solo los originados, p. ej., en el narcotráfico). Por tanto, no se comprende su inclusión en una ley especial como la N° 8204. Lo deseable, de *lege ferenda*, es su traslado al Código penal.

Finalmente, importante señalar que si bien el comiso ampliado no es una figura prevista en la legislación penal costarricense, en materia de narcotráfico se suele disponer el comiso de bienes que exceden los vinculados con la concreta conducta sometida a juzgamiento. Me explico. Como lo común es que en la relación de hechos acusados se describa una actividad criminal desarrollada a lo largo del tiempo y no solo una operación concreta, si se impone una condena, los tribunales proceden a ordenar el decomiso de todos los bienes que se pueden considerar producto de la misma actividad criminal, conclusión a la que también suele arribarse mediante la prueba por indicios,[83] entre los que destacan la ausencia de empleo u otras fuentes

---

facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo."

[82] "Artículo 69.
Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años:
a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.
b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más.
La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas.
Artículo 69 bis.
Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional, o que tengan fines terroristas.
El hecho podrá ser juzgado en Costa Rica, sin importar el lugar donde haya sido cometido.
Artículo 70.
Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo."

[83] La validez de la prueba por indicios está fuera de toda discusión en la jurisprudencia costarricense. Situación distinta es alcanzar un grado de certeza en relación con la existencia de los hechos. Al igual que sucede con cualquier otra prueba, esto dependerá de la valoración que haga el órgano juzgador con base en las reglas de la sana crítica racional. Vid., p. ej., las SST N° 289/1997 de 4 de

de ingresos; las características de los bienes encontrados (p. ej., dinero de baja denominación y joyas en cantidad abundante y de toda clase, bienes con los que los consumidores comúnmente suelen pagar la droga), o los movimientos constantes en las cuentas bancarias que carecen de toda explicación.[84]

IV. Comiso previsto en la Ley N° 8754 contra la delincuencia organizada.

El 22 de julio de 2009, en Costa Rica entró en vigencia la ley N° 8754 *contra la delincuencia organizada*.[85] Es una normativa básicamente procesal, que contempla reglas para la investigación, persecución y juzgamiento de hechos cometidos en el marco de la criminalidad organizada y que son distintas a las que comúnmente prevé el Código Procesal Penal.

La LCDO define la criminalidad organizada como el grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves. Tratándose de estos últimos, se señala que son los que contemplan en su rango de penas, 4 años de prisión o más.[86]

Como se extrae de lo anterior, la definición dada por la legislación costarricense es más amplia que la prevista en la Convención de las NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Mientras que en aquella el grupo criminal debe estar conformado por al menos *tres personas*, en la legislación costarricense solo se requieren *dos*. Asimismo, mientras que en la Convención se da especial importancia a la finalidad perseguida por la criminalidad organizada (obtención de un beneficio económico u otro beneficio material), en Costa Rica se omite este tema. Finalmente, se considera organización criminal al grupo estructurado que tiene como objetivo la comisión de un *único* delito (dejando de lado que ni siquiera podría considerarse asociación ilícita un supuesto así, ya que el art. 274 CP usa el término plural *delitos*). Estas diferencias no son intrascendentes. Al contrario, provocan que en Costa Rica se pueda considerar criminalidad organizada (y en ese tanto, aplicarle una legislación excepcional) a conductas que en otros lugares del orbe no tendrán esa categoría.

Aunado a esto, la legislación penal costarricense es muy represiva. A diferencia de lo que sucede en España, en Costa Rica una buena parte de los delitos tienen penas de prisión elevadas. Por eso, el parámetro que se emplea para definir la delincuencia grave (cuatro años de prisión o más) no constituye un límite para asegu-

abril; N° 41/2006 de 27 de enero; N° 791/2006 de 23 de agosto y N° 382/2011 de 8 de abril, así como la STCP San Ramón N° 127/2011 de 8 de abril, entre muchas otras.

[84] En ese sentido, p. ej., la SST N° 1323/2002 de 20 de diciembre.

[85] Ley N° 8754 de 22 de julio de 2009. La Gaceta N° 143 de 24 de julio de 2009.

[86] Art. 1 LCDO.

rar que las reglas previstas en la LCDO (y cuya naturaleza excepcional nadie pone en duda) se aplique solo a los hechos más perjudiciales.[87]

En materia de comiso, la LCDO incorpora reglas que se alejan completamente de la normativa que prevé el Código Penal. En concreto, en los arts. 20 a 22 se regula el tema del origen o la causa del patrimonio, planteando en pocas palabras, *una inversión en la carga de la prueba en la vía contencioso administrativa*. Se trata de un proceso autónomo, que no tiene relación con aquel en que se discute la comisión de un hecho criminal. Es una opción que recién acoge el país y que la pone en sintonía con otros ordenamientos jurídicos, p. ej., el inglés, el colombiano, el mexicano y el peruano, en los cuales también se desvincula la resolución del comiso del proceso penal, imprimiéndole un carácter netamente patrimonial.[88] En suma, aunque en Costa Rica no hay una ley específica de extinción de dominio, estas normas no distan de las que hay en otros países, donde sí se acoge expresamente esa figura.

La Contraloría General de la República, el Ministerio de Hacienda, el ICD o el Ministerio Público podrán denunciar ante el Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, *el incremento de capital sin causa lícita aparente* de cualquier funcionario público o persona de derecho privado, sea física o jurídica, con una retrospectiva hasta de 10 años. Tras recibir la denuncia, el despacho dará audiencia al interesado para que conteste lo que corresponda. En la misma resolución se ordenará como

---

[87] P. ej., según una noticia publicada por el Diario Extra el día 17 de febrero de 2012, se está investigando bajo la denominación de crimen organizado a las familias que en la zona sur del país se dedican a la falsificación y adulteración de licor. Señala el periódico, *"...todo esto implica un cambio en el paradigma y la forma de trabajo que se venía realizando. De hecho, esta es la primera vez que cuenta con el apoyo judicial para tratar a estas bandas bajo la figura de crimen organizado. "Los jueces se han dado cuenta de que se trata de un delito importante y esto nos permite acceder a instrumentos procesales probatorios diferentes, que no son necesariamente de alta condena, pero sí se pueden manejar como si fueran casos de narcotráfico", indicó Bonilla. La mayor parte de este licor proviene de Panamá y se presume que nuestro país también podría estar sirviendo como puente para exportar hacia otros países de Centroamérica e incluso a México y Estados Unidos."* SIU LANZAS, María. "10 familias controlan contrabando de licor." En: *Diario Extra*, viernes 17 de febrero de 2012. Disponible en: http://www.diarioextra.com/2012/febrero/17/nacionales10.php.

[88] Ejemplos de esta clase de procesos son el procedimiento inglés para la adopción de la *confiscation order*, regulado en la *Procedds of Crime Act 2002*; el procedimiento de extinción de dominio regulado en el Derecho colombiano (Ley N° 793 de 27 de diciembre de 2002); el proceso de pérdida de dominio que se introdujo en Perú a través del Decreto Legislativo 992, de 22 de julio de 2007 y la Ley Federal de Extinción de Dominio de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009. En relación con el proceso mexicano, Müller Creel cree que tiene carácter civil, pues se deriva de un derecho de crédito que la sociedad ejercita a través del Estado, con el fin de que se le repare el daño causado por la conducta ilícita derivada de la comisión del delito de que se trate en el caso específico. MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. "La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa." En: *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, V. 9, N° 2, 2009-2, pp. 142-143. En todos los casos, lo que se busca es solucionar el problema de la dificultad probatoria sobre el origen ilícito de los bienes al desvincular el comiso del ámbito penal. Léase sobre el tema, GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* pp. 591-592 y MORÁN MARTÍNEZ, "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit.,* p. 381.

medida cautelar el secuestro de los bienes y su inmovilización registral, así como la de todos los productos financieros disponibles. Tal importancia se ha concedido a esta acción preventiva, que contra ella solo se ha previsto apelación sin efecto suspensivo, recurso que debe ser interpuesto en el plazo de 24 horas ante el Tribunal Contencioso Administrativo, el cual debe resolver sin más trámite y con prioridad sobre otros asuntos. Luego, el Juzgado resolverá el fondo del asunto y contra ello solo cabe apelación del denunciante y el interesado ante el Tribunal Contencioso Administrativo.[89]

Nótese que legislador no exige que el incremento patrimonial esté relacionado con la comisión de una infracción penal, bastando solo con que no tenga *causa lícita aparente*. Por tanto, el patrimonio cuyo origen no se pueda justificar aunque no tenga origen delictivo (p. ej., el procedente de faltas o de cualquier otra conducta, aunque no sea constitutiva de una infracción), estará sometido a los alcances de esta norma. Ahora, aunque en el art. 1 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio para América Latina y el Caribe se define la actividad ilícita, al menos en principio, como actividad delictiva,[90] en esta ley no se hace dicha precisión, con lo cual no hay elementos que apoyen una interpretación restrictiva.

En el art. 22 de la LCDO se habla expresamente *de las sanciones* a las que se exponen las personas físicas o jurídicas *que no puedan justificar su patrimonio o los incrementos emergentes*, a saber, perderán ese patrimonio, sin que sea relevante, para efectos de la fijación impositiva, la causa ilícita del patrimonio o del incremento emergente. Con base en lo antes expuesto concluyo que en Costa Rica se ha tipificado la tenencia injustificada de bienes; que el comiso es la sanción o pena que se impone por esa conducta y que a pesar del carácter sancionatorio de la medida, el legislador ha optado por invertir la carga de la prueba en cuanto al origen lícito del patrimonio.

Aunado a esto, este procedimiento no se aplica únicamente en materia de criminalidad organizada, pues a pesar de estar insertas en la LCDO, las reglas previstas para los patrimonios cuyo origen lícito no se justifique, no guarda relación con la comisión de hechos criminales y menos aun con aquellos que son calificados como criminalidad organizada. Simplemente se trata de un proceso de aplicación general, que se debe tramitar en la jurisdicción contenciosa administrativa y al que estarán sometidos todos los patrimonios cuyo incremento llame la atención de los órganos mencionados líneas atrás.

---

[89] Arts. 20 y 21.

[90] "Articulo 1. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá como:

a. "Actividad ilícita": Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley."

Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). Ley modelo sobre extinción de dominio. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/default_SPA.asp.

Como señala Gascón Inchausti en relación con esta clase de procesos, se trata de una opción engañosa,[91] toda vez que el comiso mantiene su carácter sancionatorio aunque se tramite en una jurisdicción distinta a la penal, con lo cual las garantías que se asocian a este tipo de medidas siempre deberían ser aplicables. En el caso de Costa Rica, la conducta sancionada *es la de no justificar*, lo que en esencia, supone una vulneración directa a la presunción de inocencia, pues es el ciudadano quien debe demostrar que su patrimonio no tiene un origen irregular. Aunado a esto, la sanción -el comiso- (y digo sanción, porque a pesar del fraude de etiquetas, en el fondo es la pena que se impone por la conducta señalada), es absolutamente desproporcional, ya que puede abarcar el patrimonio que el individuo ha obtenido durante los últimos 10 años.

Ya en lo relacionado con los delitos previstos por la LCDO y que según entiendo, son los que se puedan abarcar con la definición de la criminalidad organizada, el art. 25 prevé el *decomiso* (en realidad, lo que prevé es el *secuestro*) de los bienes muebles, inmuebles, el dinero, los instrumentos, los equipos, los valores y los productos financieros utilizados o provenientes de la comisión de los delitos, así como los productos financieros de las personas jurídicas vinculadas a estos hechos.

Varias observaciones. La primera, el comiso es sinónimo de decomiso y esto, de *lege ferenda*, debe corregirse.

En segundo lugar, un listado de bienes tan extenso es innecesario, ya que hubiese bastado con que se mencionaran los instrumentos y los productos[92] de los delitos para que se comprendiesen todos los allí mencionados. Además, se incluyen los productos financieros de las personas jurídicas vinculadas con los hechos, lo que es cuestionable, pues no se exige que haya una relación entre los bienes y los hechos (p. ej., puede ser que una persona jurídica esté vinculada con los hechos pero que determinados activos suyos no lo estén). A mi modo de ver, esto quebranta el principio de legalidad, máxime en un país donde no se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas.[93]

Al igual que sucede con la legislación en materia de drogas, la LCDO contempla medidas de carácter provisional en relación con los bienes que han sido secuestrados. El mal llamado *decomiso* puede suponer el depósito judicial de los bienes a la orden del ICD (art. 26); la anotación registral de los bienes (art. 27); la administración del dinero secuestrado (art. 30); la venta, remate o subasta de los bienes que puedan deteriorarse, dañarse y sean de costoso mantenimiento (art. 31) y finalmen-

[91] GASCÓN INCHAUSTI, "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN; ORTELLS RAMOS, *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal, op. cit.,* p. 592.

[92] Aquí entendido el término *producto* como categoría que engloba tanto los efectos como las ganancias.

[93] En Costa Rica algunos creen necesario plantear la posibilidad de que las personas jurídicas, al igual que tienen capacidad de acción en lo civil, puedan realizar un delito y por tanto ser merecedoras de sanciones penales. Así, NAVAS APARICIO, "Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas". En: *Impacto del crimen transnacional en Centroamérica: los casos de Nicaragua y Costa Rica, op. cit.,* pp. 87-88.

te, la venta, donación o destrucción de los bienes perecederos, el combustible, los materiales para construcción, la chatarra, los precursores y químicos esenciales y los animales, también antes de que se dicte sentencia firme en los procesos penales respectivos (art. 32). Igualmente se prevé el uso de vehículos con placa extranjera, no registrados o no nacionalizados (art. 28). En todas las normas antes mencionadas se exponen reglas sobre el destino que debe darse a los dineros y valores decomisados.

El art. 33 prevé una especie de *comiso objetivo*. Una vez transcurridos 6 meses desde el secuestro de los bienes, si no se ha podido establecer la identidad del autor o partícipe del hecho, o si éste los ha abandona, los mismos pasarán a la orden del ICD. Igual disposición se aplicará cuando transcurridos 3 meses después de la firmeza de la sentencia, quien tengan interés legítimo sobre los bienes no haya hecho gestión alguna para retirarlos.[94] Es una norma de carácter especial, sobre todo por el destino que se da a los bienes. No obstante, puede mejorarse, p. ej., empleando bien los términos decomiso y secuestro (en el artículo se habla de ambos como si fuesen sinónimos) y reduciendo la lista de bienes, innecesariamente larga.

Tratándose de los terceros de buena fe, la LCDO remite a la legislación en materia de narcotráfico que examiné atrás. El art. 29 señala que las medidas y sanciones contempladas en cuanto al *decomiso* se aplican sin perjuicio de los terceros de buena fe (y éstos serán los que cumplan los presupuestos establecidos en los arts. 93 y 94 de la Ley N° 8204). A los terceros se les otorga un plazo de tres meses para hacer el reclamo de los bienes y objetos *decomisados*, contados a partir de la comunicación respectiva.[95] Vencido el plazo antes mencionado sin que se dé la intervención, procede decretar el comiso y traspaso definitivo del dominio a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas. Finalmente, el tribunal puede diferir hasta sentencia la resolución de lo formulado por quien se apersone como interesado.

---

[94] "Artículo 33. Pérdida de bienes o dineros no reclamados
Si transcurridos seis meses del decomiso de los bienes muebles e inmuebles, los vehículos, los instrumentos, los equipos, los valores y el dinero utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, sin que se haya podido establecer la identidad del autor o partícipe del hecho, o si este ha abandonado los bienes de interés económico, los elementos y los medios de transporte utilizados, la autoridad competente ordenará el comiso definitivo de dichos bienes, los cuales pasarán a la orden del Instituto, para los fines previstos en esta Ley.
Asimismo, cuando transcurran más de tres meses de dictada la sentencia firme, sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo, sobre los bienes de interés económico utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció la causa."

[95] La comunicación según el art. 29 LCDO, se hace conforme lo dispuesto en el art. 84 de la Ley N° 8204, que en lo que interesa, indica:
"Art. 84...
En caso de no ser posible proceder según el párrafo segundo del artículo 90 de esta Ley, el Instituto deberá publicar un aviso en el diario oficial, en el que se indicarán los objetos, las mercancías y los demás bienes en su poder. Vencido el término establecido en el artículo anterior sin que los interesados promuevan la acción correspondiente, siempre y cuando exista una resolución judicial, los bienes y objetos de valores decomisados pasarán, en forma definitiva, a propiedad del Instituto y deberán utilizarse para los fines establecidos en esta Ley."

La inclusión de esta norma garantiza el derecho de audiencia que contempla la Constitución Política y que como mencioné acápites atrás, ha sido reconocido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia. Lamentablemente no se crea una regulación sobre la intervención de ese tercero, con lo cual se sigue sin garantizar que ésta se produzca desde el inicio mismo del proceso. El vacío legal en cualquier caso, no debe ser un obstáculo para entender que la medida de carácter definitivo debe dictarse resguardando los derechos de ese tercero, por varias razones. La primera, porque así lo dispone la regla general contenida en el art. 110 CP. La segunda, porque así se extrae de las normas de la ley de psicotrópicos a las que remite.

El art. 34 LCDO es el que se refiere específicamente al tema del comiso. En él se designa como beneficiario al ICD (lo que marca una diferencia con el art. 110 CP que favorece al Estado). Este instituto con excepción de lo comisado en aplicación de la Ley N° 8204, puede conservar los bienes para el cumplimiento de sus objetivos, o bien, puede donarlos a entidades de interés público, sobre todo a organismos destinados a la represión del crimen organizado. También puede rematar o subastar los bienes.

En las siguientes normas,[96] esta ley regula con detalle el destino que el ICD debe dar a los bienes decomisados, o del producto de los bienes invertidos, subastados y rematados. Para tales efectos, el legislador costarricense distingue entre la criminalidad organizada en general y la que se dedica a la comisión de delitos relacionados con el narcotráfico y a esta última le da un trato especial, al punto que el destino de los valores decomisados no se regirá por la LCDO sino por ley N° 8204, lo que tiene sentido si se considera que es esa forma de criminalidad la que está azotando con mayor intensidad el territorio nacional.

La LCDO también crea una regulación especial para el mal llamado decomiso y el comiso en los procesos iniciados por la comisión de delitos sexuales cometidos en perjuicio de personas menores de edad y que a su vez, están relacionados con la delincuencia organizada. Lamentablemente, con se detecta con su simple lectura, se trata de un capítulo que no es coherente con el resto de la ley, pues en algunos casos reitera innecesariamente algunas normas y en otros, introduce modificaciones que provocarán, sin justificación, un trato desigual en la persecución de la delincuencia organizada. Lo que es claro, al menos, es el deseo del legislador de regular el decomiso y el comiso en materia de delitos sexuales cometidos en perjuicio de menores de edad y que a su vez, tienen la connotación de criminalidad organizada, con reglas similares a las expuestas líneas atrás, pero siendo el Patronato Nacional de la Infancia el beneficiario de los bienes y a la vez, el encargado de su administración.[97]

De los artículos dedicados a este tema, quizá dos merezcan un comentario adicional. Me refiero a los arts. 42 y 52. El primero es una disposición que no tiene parangón en la regulación general contenida para la delincuencia organizada. En

[96] Arts. 36 a 40 de la LCDO.
[97] Arts. 43 y 49 LCDO.

dicha norma se indica que quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos sexuales contra personas menores de edad, además de las penas tipificadas en el Código Penal, incurrirán en la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o los valores provenientes de su realización, o que constituyan, para el agente, un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros. Es una norma que convierte la pena en el único presupuesto del comiso y limita la aplicación del instituto a los bienes que pertenece al condenado, pues dice que será éste el que sufrirá la pérdida (la norma usa el verbo *incurrir*, que significa *caer en*[98]), siempre garantizando los derechos del ofendido o terceros. Asimismo, se prevé el comiso de las ganancias *para el agente*, con lo cual no se comprenden las ganancias que se han obtenido a favor de otro, lo que es un despropósito. Entiendo que es una norma innecesaria porque de las que rigen el comiso en general (art. 110 CP), o de las que se contemplan para la delincuencia organizada (y que analizamos párrafos atrás), se desprenden las consecuencias que aquí se anuncian para una forma específica de delincuencia que puede realizarse organizadamente: delitos sexuales en perjuicio de personas menores de edad.

El art. 52 LCDO contempla el papel de los terceros de buena fe, incorporando lo que se dejó de lado en el art. 29, a saber, la comunicación a los interesados para que se apersonen al proceso y hagan valer sus derechos.[99]

De seguido, en el art. 53 el legislador indicó los motivos por los que procede devolver los bienes a esos terceros de buena fe, a saber, cuando el tercero: a) tiene interés legítimo respecto de los bienes, productos o instrumentos; b) no puede imputársele autoría de ningún tipo ni participación en un delito de tráfico ilícito o delitos conexos objeto del proceso; c) desconocía, sin mediar negligencia, el uso ilegal de bienes, productos o instrumentos o cuando, teniendo conocimiento, no consintió de modo voluntario en usarlos ilegalmente; d) no adquirió derecho alguno sobre los bienes, productos o instrumentos de la persona procesada, en circunstancias que, razonablemente, llevan a concluir que el derecho sobre aquellos le habría sido transferido para efectos de evitar el posible decomiso y comiso; e) hizo todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, productos o instrumentos. Son básicamente los mismos motivos que se contemplan en el art. 94 de la Ley N° 8204, aunque con el defecto de negar que los términos decomiso y comiso son sinónimos. De igual manera, el no considerar la naturaleza peligrosa del bien pone de manifiesto el carácter punitivo de la medida.

Por último, el art. 53 apunta que en caso de absolutoria procederá también una indemnización por los daños sufridos, misma que se debe reclamar a través del

[98] RAE, *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*

[99] "Art. 52. Derechos de los terceros de buena fe
Las medidas y sanciones referidas en los artículos precedentes se aplicarán sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.
Conforme a derecho, se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos, a quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos."

proceso abreviado establecido en el Código Procesal Civil.[100] Esta disposición puede ser inconveniente, ya que la absolutoria no dice nada acerca de la peligrosidad del bien, sea intrínseca o en relación con alguien. Nuevamente, se hace necesario de *lege ferenda*, incluir el examen de esta circunstancia. Aunado a esto, nótese que si bien se indica una vía para formular este reclamo y se reconoce la necesidad de que el tercero intervenga en el proceso penal, sigue sin regularse la forma en que se debe dar esa intervención.

Finalmente, según el art. 54 LCDO, el comiso previsto en esta ley procederá también cuando se apliquen las soluciones alternativas al juicio. Es una norma que resta claridad a la ley pues como indiqué antes, para los delitos sexuales el comiso es una consecuencia de la pena y para los demás delitos que son expresión de la criminalidad organizada, el comiso es una medida que en principio, se impone en sentencia judicial, una vez que se ha demostrado la relación entre el delito y los bienes particulares cuyo comiso se ordena. Ahora, cuando se aplican soluciones alternativas al juicio (p. ej., la suspensión del proceso a prueba) como no se llega a realizar el debate (precisamente por eso se llaman soluciones *alternativas al juicio*), no se llega a emitir una valoración sobre la conducta investigada, o sobre la legitimidad del patrimonio involucrado, lo que entiendo, hace imposible disponer el comiso, muy a pesar de lo que indique esta norma.

V. Principios constitucionales que son aplicables al comiso.

El comiso, como medida de Derecho público que es, está sometido a una serie de principios, que describo a continuación.

A. Principio de legalidad.

El principio de legalidad está contemplado en los arts. 39 y 28 de la Constitución Política. En lo que interesa, el primero indica: *"A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionado por ley anterior (...)"*. Por otra parte, el art. 28 señala: *"Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley"*.[101] De estas normas se desprende el principio de reserva de ley mediante el cual, *"...todos los actos gravosos para los*

[100] "Art. 53...
Cuando un bien haya sido decomisado a una persona que resulta inocente del delito que se le imputa, tendrá derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, entendiendo por estos el no uso del bien, sus frutos, su deterioro o su valor, si ha perecido. El reclamo de esta indemnización podrá realizarse mediante el proceso abreviado establecido en el Código Procesal Civil."

[101] Costa Rica. Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/

ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben estar acordados en una ley formal."[102]

El comiso, por ser una medida que surge del poder de imperio del Estado, está sometido a este principio. Es una figura jurídica que la jurisprudencia reconoce pacíficamente debe estar prevista en la ley.[103]

B. Principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad está preceptuado en el art. 39 de la Constitución Política, que en lo que interesa, señala: *"…a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad".*

Con base en este principio, se concluye que la responsabilidad es personal y que la responsabilidad penal objetiva no tiene lugar. Aunque de conformidad con el Código Penal el comiso tiene como presupuesto la comisión de *un delito* y se excluye su aplicación sobre bienes de terceros, circunstancias de las que se puede extraer que el principio en cuestión es aplicable, en otras disposiciones legales se admite en relación con bienes de terceros (p. ej., en la ley N° 8204 antes examinada). Aunado a esto, la jurisprudencia ha considerado procedente, entiendo que sin ningún fundamento legal, el comiso en casos donde no se ha configurado un delito, v.g., ante una causa que excluya la culpabilidad o el carácter antijurídico de la conducta.[104]

Siempre en esta línea de ideas, nótese que tanto en el Código Penal costarricense como en las leyes especiales que cité atrás el comiso de efectos e instrumentos tiene un carácter sancionatorio, pues se ordena sin considerar la peligrosidad del bien. Esta circunstancia también obligaría, al menos en buena técnica jurídica, a aplicar el principio de culpabilidad, lo que supone algunos inconvenientes (p. ej., no se podría ordenar el comiso de bienes peligrosos salvo que el autor o partícipe del he-

---

[102] En este sentido se pronuncia la Sala Constitucional en la sentencia N° 1877/1990 de 19 de diciembre.

[103] *"... tanto las penas como las llamadas "consecuencias civiles del hecho punible", se encuentran sujetas al principio de legalidad, de manera que no pueden ser impuestas sino cuando concurran los presupuestos que las ordenan, los que además, han de ser objeto de análisis por el juez con aplicación del mismo principio, y no de otros que son ajenos a la función jurisdiccional..."* SST N° 1217/1999 de 24 de setiembre.

[104] En sentido contrario, la STCP San José N° 462/1996 de 16 de agosto señala: *"Debe reconocerse, contrario a lo dicho por el recurrente, que en forma excepcional podría ordenarse el comiso de un objeto (Art. 110 del Código Penal) aun cuando no se ha dictado sentencia condenatoria, por ejemplo en supuestos en que la absolutoria se basó en la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad."* Vid. también la STCP San José N° 542/2001 de 20 de julio, que en lo que interesa apunta: "*…pues bien, la disposición de la pérdida de los bienes objeto o instrumento del delito a favor del Estado, es posible cuando se declara la existencia de un ilícito penal (hecho típico y antijurídico) por sentencia condenatoria, absolutoria o por sobreseimiento…"*

cho haya sido declarado responsable criminalmente y que esos bienes le pertenezcan). Por tanto, de *lege ferenda* se requiere ajustar la regulación de cada modalidad de comiso (el de efectos e instrumentos y el de ganancias) a su fundamento y fines, eliminando los rasgos sancionatorios que en la actualidad, impiden aplicarlo sin quebrantar reiteradamente el principio de culpabilidad, básico en la materia punitiva.

C. Presunción de inocencia.

Del artículo 39 de la Constitución Política también se desprende el principio de inocencia, que obliga a considerar inocente a todo acusado hasta que en un proceso penal se demuestre su culpabilidad. Señala la Sala Constitucional que en virtud de ese estado de inocencia, no es el encartado quien se encuentra obligado a demostrar su inocencia, sino que corresponde al órgano acusador o en su caso, al querellante, demostrar la culpabilidad con respeto absoluto de los principios, derechos y garantías, contenidas no sólo en la Constitución Política, sino también en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.[105]

La condenatoria supone certeza sobre la responsabilidad del imputado en los hechos que se le atribuyen. De no darse ésta, corresponde absolverle o en otras palabras, resolver a su favor. Esto es lo que se conoce como el i*n dubio pro reo*.

Entiende la jurisprudencia costarricense que la imposición del comiso requiere que se demuestre el vínculo entre el bien y el hecho criminal. Lo anterior implica la necesidad de un juicio previo y de que el órgano jurisdiccional fundamente su conclusión.[106] Sobre esto, me extenderé a continuación.

[105] SSC N° 1739/1992 de 1 de julio.

[106] A modo de ejemplo, cito las siguientes resoluciones: SSST N° 96/1997 de 7 de febrero; N° 959/2000 de 25 de agosto; N° 1051/2003 de 21 de noviembre; N° 479/2004 de 14 de mayo; N° 1341/2004 de 26 de noviembre; N° 191/2005 de 18 de marzo; STCP Cartago N° 113/2009 de 3 de abril; N° 2010/2010 de 14 de abril y STCP San Ramón N° 138/2011 de 15 de abril. La N° 138/2011 señala: *"De igual forma, es harto conocido que para que proceda el comiso en este tipo de delitos, se debe de fundamentar igualmente por parte de los Jueces de Juicio, por que razón o razones procesales se estableció de acuerdo al análisis de las pruebas tenidas en los autos, que efectivamente esos bienes decomisados fueron producto o ganancias generadas a raíz de la actividad delictiva, situación que no se puede suponer, ni inventar, sino que debe de ir -al igual que todo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional- apegado a la correcta y debida fundamentación intelectiva, lo cual en forma evidente se echa de menos en este punto concreto."*

D. Derecho de defensa, principio acusatorio y fundamentación de la sentencia.

Este derecho está consagrado en el art. 39 de la Constitución Política. Según señala la Sala Constitucional, el derecho de defensa abarca el derecho de audiencia y los principios de imputación (entendido como el derecho que tiene el acusado de ser informado de los cargos que se le atribuyen) e intimación (acusación formal), así como el derecho a la fundamentación debida de toda resolución procesal. El derecho de audiencia, por su parte, es el derecho del imputado y su defensor de intervenir activamente en el proceso, ofrecer la prueba que estimen oportuna y controlar la actividad de sus adversarios. [107]

La jurisprudencia ha entendido que el comiso es una medida de orden público que puede dictarse de oficio.[108] Por surgir del poder de imperio del Estado, se exige que se imponga de manera fundamentada[109] y que se demuestre el vínculo entre el bien y el hecho criminal. Es el Estado, a través del Ministerio Público, quien tiene la carga probatoria en cuanto a los presupuestos de esta figura jurídica.[110]

---

[107] SSC N° 1739/1992 de 1 de julio.

[108] STCP San José N° 991/2008 de 30 de septiembre. En ésta se afirma que a pesar de que el art. 103.3 la considera una consecuencia civil del hecho punible, el comiso no tiene carácter dispositivo sino que se debe resolver de manera obligatoria: *"Sin embargo, esa primera connotación del comiso como un extremo dispositivo sujeto a instancia de parte, resultaría incompatible frente a disposiciones de orden público como el artículo 110 del Código Penal, que establece: "El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros". Este precepto con claridad define al comiso como una consecuencia prácticamente automática derivada de la comisión de un delito (salvo derechos de ofendidos o terceros). Es más, una lectura del artículo 367 del CPP permite establecer que el comiso constituye uno de los aspectos que el juzgador debe decidir de oficio en una sentencia condenatoria... Hay que distinguir entonces: (a) El juzgador tiene el deber legal de pronunciarse sobre el eventual comiso o, por el contrario, devolución de los objetos secuestrados durante el proceso, aun cuando ese tema no fuera debatido en el contradictorio, pues es un imperativo legal resolver sobre ese aspecto, según lo dispuesto en los numerales 110 CP y 367 del CPP... Ahora, si se diera una omisión en torno al pronunciamiento de los bienes que pueden ser objeto de comiso en la sentencia, es posible distinguir diversos supuestos: (a) Si fue un tema controvertido en el proceso, el juzgador en cualquier momento puede utilizar la adición para efectuar el pronunciamiento sobre ese particular; o bien, el Ministerio Público estaría en posibilidad de instar la adición sobre ese extremo; (b) Si, en cambio, no se discutió nada en el debate o al negociarse un abreviado sobre los posibles comisos, la adición sería impropia para resolver esa omisión."* En la misma línea, vid. también la STCP San José N° 1009/2010 de 31 de agosto.

[109] Vid., p. ej., las siguientes resoluciones: SSST N° 96/1997 de 7 de febrero; N° 959/2000 de 25 de agosto; N° 1051/2003 de 21 de noviembre; N° 479/2004 de 14 de mayo; N° 1341/2004 de 26 de noviembre; N° 191/2005 de 18 de marzo; STCP Cartago N° 113/2009 de 3 de abril; STCP Cartago N° 2010/2010 de 14 de abril y STCP San Ramón, N° 138/2011 de 15 de abril. Esta última señala: *"De igual forma, es harto conocido que para que proceda el comiso en este tipo de delitos, se debe de fundamentar igualmente por parte de los Jueces de Juicio, por que razón o razones procesales se estableció de acuerdo al análisis de las pruebas tenidas en los autos, que efectivamente esos bienes decomisados fueron producto o ganancias generadas a raíz de la actividad delictiva, situación que no se puede suponer, ni inventar, sino que debe de ir -al igual que todo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional- apegado a la correcta y debida fundamentación intelectiva, lo cual en forma evidente se echa de menos en este punto concreto."*

[110] Le corresponde también demostrar que el tercero adquirente no es de buena fe: *"En efecto, las argumentaciones de los jueces en el fallo combatido no evidencian errores valorativos importantes*

Es curioso que a pesar de que se considere que el comiso está sometido a las reglas más elementales de un proceso penal marcadamente acusatorio como lo es el costarricense, se diga que el comiso se puede ordenar de oficio. Además, si el art. 110 CP no toma en cuenta la peligrosidad intrínseca del bien (única circunstancia que entiendo autoriza un comiso oficioso), siempre será necesario que la parte acusadora (Ministerio Público o querellante) articulen prueba para demostrar la concurrencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la imposición de la medida, labor en la que el órgano juzgador no puede sustituir a la parte procesal.

En cuanto al tercero afectado con el comiso, se reconoce de forma unánime[111] que se debe garantizar su derecho de defensa.[112] Por esta razón y a pesar de que en la legislación procesal penal no se regula la intervención del tercero, lo normal es que se le dé audiencia en el proceso. La jurisprudencia de casación se ha debatido en cuanto a las consecuencias que acarrea el que no se haya comunicado al tercero que tenía la opción de intervenir en defensa de sus intereses. En un primer momento, se consideró que el error era de tal envergadura que provocaba la nulidad de la sentencia en lo referido al comiso y que lo procedente era ordenar la devolución del bien a quien demostrase ser su legítimo propietario.[113] Posteriormente se cambió de criterio y en casos en los que se ha considerado que el tercero no ha tenido oportunidad de intervenir en el proceso, igualmente se ha anulado la decisión adoptada en cuanto al comiso, pero concomitantemente se ha ordenado el

---

que pudieran conculcar los intereses del órgano fiscal, quien no logró demostrar durante el proceso incoado la falsedad en la adquisición del inmueble mencionado por parte de la sociedad compradora, ni su calidad de adquirente de buena fe." SST N° 545/2004 de 21 de mayo.

111 Así lo hace, p. ej., ABDELNOUR GRANADOS, *op. cit.,* p. 402 y BONILLA GUZMÁN, *op. cit.,* p. 124. La Sala Constitucional en la sentencia N° 5447/1995 de 4 de octubre señaló: *"...Recaída sentencia, si ésta ordenare el comiso, debe entenderse que se dio oportunidad de defensa y audiencia a los terceros propietarios o poseedores de los bienes y no partícipes en el delito juzgado, que pudieran verse afectados con la medida, de conformidad con los artículos expuestos, que si bien no prevén expresamente un determinado procedimiento de traslado o apersonamiento del tercero, por imperativo de la propia Constitución Política y los principios fundamentales que la inspiran, contemplados básicamente en los numerales 39 y 41, con relación al 28 párrafo segundo, el juzgador deberá, en la medida de lo posible, estructurar con los elementos procesales que cuenta, la forma de dar esa audiencia previa al tercero que pueda verse afectado, pues no podría pensarse en un despojo que opere de pleno derecho, o en una decisión que afecte derechos o intereses legítimos de una persona, sin haber sido ésta siquiera oída, sobre todo cuando se expone su propiedad a una disminución que casi operaría de pleno derecho aplicando en forma automática las disposiciones relativas al comiso y confiscación, práctica que resulta inconciliable con los derechos fundamentales de defensa y de audiencia a que se ha hecho mención...".*

112 En la SST N° 74/1998 de 23 de enero se apunta: *"Las autoridades competentes no deben preocuparse únicamente de anotar la existencia de la causa y el embargo respectivo en el Registro correspondiente; deben llamar a los titulares del bien, si resultan distintos del acusado -personas que, dependiendo de las circunstancias, podrían incluso figurar como partícipes en el hecho investigado-, así como a los terceros que puedan verse afectados con la medida y cuyos derechos consten por encontrarse amparados a la publicidad registral -sin perjuicio de las alegaciones de otros terceros que se apersonen al proceso en reclamo de derechos o intereses legítimos sobre dichos bienes, cuya relevancia habrá de analizarse en el caso concreto-, porque la omisión de ese elemental proceder no sólo lesiona los derechos de terceros, sino que además dan al traste con las posibilidades del Estado de comisar esos bienes. "* Del mismo criterio, las SSST N° 848/2000 de 31 de julio; N° 512/2001 de 31 de mayo; N° 548/2005 de 3 de junio y N° 712/2006 de 7 de agosto, entre otras.

113 SSTCP San José N° 622/1998 de 17 de septiembre y N° 802/2006 de 9 de agosto; SSST N° 821/1996 de 23 de diciembre; N° 1522/1999 de 26 de noviembre; N° 848/2000 de 31 de julio; N° 789/2001 de 20 de agosto; N° 368/2002 de 26 de abril y N° 728/2007 de 20 de julio.

reenvío de la causa, para que en un nuevo debate se resuelva sobre el tema, esta vez dándole audiencia al titular del bien.[114] Una última opción, la menos común, es el reconocer al resolver el recurso de casación, los derechos del tercero de buena fe que no ha intervenido en el proceso.[115] Entiendo que esta opción se ha empleado cuando con base en las pruebas existentes, es notorio que se trataba de un tercero de buena fe con un derecho legítimo sobre el bien, de ahí que se optase por satisfacer ese derecho en lugar de beneficiar al Estado con el comiso.[116]

En cuanto a quién está legitimado para hacer el reclamo por la no intervención del tercero en el proceso, la jurisprudencia reconoce que es el tercero y no el imputado.[117] Sin embargo, se encuentran pronunciamientos en los que a pesar de hacer esa observación, el órgano de casación entra a resolver el fondo de los alegatos hechos por quien no ostenta la condición de tercero. P. ej., en la SST N° 1013/2005 de 2 de septiembre, el condenado por venta de drogas y titular de la vivienda decomisada fue quien formuló el reclamo en defensa de los intereses de su pareja e hijos, que también vivían en el inmueble. La Sala concluyó que aquellos no eran terceros con intereses legítimos que debiesen intervenir en el proceso, pues el bien fue adquirido por el condenado a título gratuito, con lo cual su compañera ni

---

[114] Vid. p. ej., la STCP Cartago N° 113/2009 de 3 de abril; STCP San Ramón N° 138/2011 de 15 de abril; SSTCP San José N° 1073/2003 de 24 de octubre; N° 1238/2004 de 1 de diciembre y N° 103/2011 de 28 de enero. La 1073/2003 examina el caso de dos imputados, uno que se acoge al procedimiento abreviado y otro no. La sentencia que resuelve la situación del primero dispone el comiso de bienes que el último reclama: *"Lleva razón la parte impugnante, la imputada Mercedes Bustos Jiménez tiene derecho a que en el juicio oral que se llevará a cabo en la causa que se ha seguido en su contra, se discuta con respecto a la procedencia de los bienes, téngase en cuenta que ella incluso se opuso en la audiencia preliminar al comiso y se manifestó dispuesta a discutir sobre el comiso en el juicio oral, por lo que al disponerse este se afectó el derecho de defensa. Es cierto que el imputado Ruiz Aburto aceptó los hechos atribuidos, dentro de lo cuales se hacía mención a que los electrodomésticos habían sido adquiridos como consecuencia de la actividad de tráfico de drogas, pero dicha aceptación no puede afectar los derechos de terceras personas, entre ellos la imputada Mercedes Bustos, la que tiene derecho a discutir en el juicio oral sobre ese aspecto… Por lo anterior corresponde declarar con lugar el recurso de casación, anular la sentencia en cuanto al comiso de los electrodomésticos."*
Ver también las SSST N° 1323/2002 de 20 de diciembre; N° 596/2004 de 28 de mayo; N° 1209/2004 de 22 de octubre; N° 548/2005 de 3 de junio y N° 1273/2005 de 14 de noviembre.

[115] El tribunal sentenciador ordenó el comiso de un vehículo sobre el cual pesaba un gravamen prendario a favor de una sociedad anónima. El Tribunal de Casación Penal, por economía procesal, confirmó dicha sentencia *"…sin perjuicio de la acreencia prendaria de la entidad como tercero de buena fe con mejor derecho sobre el vehículo…".* STCP San José N° 1338/2010 de 12 de noviembre.

[116] Algo similar sucede en la SST N° 770/1999 de 25 de junio. Quien plantea la impugnación es la acreedora hipotecaria. La Sala señala que el comiso de un inmueble no afecta la situación de los acreedores hipotecarios, *"pues, en virtud de tratarse de una garantía real, ella pesará sobre el bien, con independencia de quién sea el nuevo titular del dominio; lo que, además, debe dilucidarse en la fase de ejecución del fallo."*

[117] Vid., p. ej., la SST N° 743/2001 de 27 de julio, así como la STCP San José N° 802/2006 de 9 de agosto. En esta última se admite el recurso de casación que interpone el propietario registral del vehículo, pues *"…si bien el adherente no ha figurado como parte en este proceso, el hecho de ser aparentemente el propietario registral de un bien cuyo comiso ordenó la sentencia impugnada (sin que en esta se hubiera establecido quien era su propietario), lo legitima subjetivamente para impugnar, en atención al gravamen irreparable que podría causar en su patrimonio la sentencia, precisamente por no haber sido parte del proceso…"*

siquiera tendría un derecho de gananciales, mismo que -en todo caso-, no surgiría sino hasta que se disolviese esa relación de hecho, lo que tampoco sucedía ahí.[118]

Una situación similar se aprecia en la STCP San José N° 103/2011 de 28 de enero, en la cual se indica: *"Atendiendo a las propias manifestaciones del recurrente, en cuanto afirma que el vehículo cuyo comiso cuestiona no pertenece su defendido sino a un tercero (de quien evidentemente no es apoderado ni representante), en principio el mismo no tendría legitimación para reclamar dicho extremo del fallo, por ausencia de perjuicio. No obstante, debido a que -conforme se dirá- en la especie ni siquiera se ha determinado con prueba idónea quién es el propietario de dicho bien cuyo comiso se ordenó, lo procedente es acoger la impugnación, por ser dicha medida una consecuencia del hecho punible y por no haberse considerado en la sentencia de mérito ni siquiera quién es la persona titular registral del vehículo en cuestión, lo que conllevaría al desconocimiento de los eventuales derechos que sobre el mismo pudieran tener terceros de buena fe."* Es decir, a pesar de que el recurrente no era el tercero titular del derecho, se acogió su reclamo y se ordenó el renvío de la causa para que se resolviese nuevamente sobre este tema, claro está, dándole audiencia a quien figura como titular del vehículo decomisado.

Para finalizar con los ejemplos, en la SST N° 420/2006 de 12 de mayo la Sala de Casación, a pesar de reconocer que el recurrente no estaba legitimado para hacer el reclamo por no ser el titular del bien, de oficio declaró la existencia del vicio pues no se dio audiencia al tercero titular en el proceso.[119]

En cuanto a si el cónyuge es tercero en relación con los bienes gananciales sometidos a comiso, la jurisprudencia, en plena consonancia con los art. 40 y 41 del Código de Familia, ha entendido que no cuando los bienes están inscritos a nombre del imputado, pues el bien ganancial pasa a formar parte de la sociedad conyugal hasta el momento en que se disuelve el vínculo. Es aquí cuando cada cónyuge tiene derecho a un cincuenta por ciento del valor de los bienes gananciales y no antes.

---

[118] Una situación similar se presenta en la SST N° 1216/2005 de 26 de octubre. En la sentencia condenatoria se ordenó el comiso de un inmueble en el que se almacenaba y vendía droga. Para la Sala, el que no se le hubiera notificado del proceso penal al acreedor hipotecario *"es algo que no causa afectación alguna a la defensa de los endilgados, sino que en el peor de los casos solo a ese acreedor, cuyo derecho, de todas maneras, está debidamente inscrito y tiene prioridad sobre cualquier medida de incautación que se haya emitido."*

[119] *"No obstante, se trata de un reclamo frente al que la impugnante carece de interés procesal, toda vez que su representado no es dueño del arma cuyo comiso se ordenó, por lo que debe también desecharse. Sin embargo, observa esta Sala que existe en cuanto a él un defecto que, por absoluto, procede su declaración de oficio. Y es que el Tribunal sentenciador ordenó el comiso del arma decomisada en su oportunidad, aun admitiendo que se trata de un bien a nombre de un tercero, señor Jorge Quesada Delgado -esto según copia fotostática de oficio número 2849- DCAE-2005 de fecha 1 de diciembre de 2005, suscrito por William Hidalgo Echevarría, Jefe a.i. de la Sección de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública-omitiendo vincular a la causa y escuchar la posición de dicho titular, en franca violación a sus derechos. Se está frente a un caso evidente en el que el operador jurídico se encuentra llamado a integrar la figura denominada litisconsorcio pasivo necesario, a fin de garantizar los derechos de todos los interesados en este asunto. De modo tal que, sólo en ese sentido, se anula la sentencia impugnada, se ordena el reenvío del asunto, a fin de que se proceda conforme a derecho corresponde, permaneciendo incólume el fallo impugnado, en todo lo demás, según se dirá."*

Por tanto, si al momento del comiso el derecho aun no ha surgido, no se le puede otorgar un derecho como copropietario.[120]

Finalmente, el TCP, en relación con vehículos que presentan alteraciones en su numeración, marcas o señas que afectan su identificación y registro, ha admitido su devolución a quien demuestre ser su legítimo propietario, cuando no se demuestre la comisión de un delito de alteración de señas y marcas; o no se acredite que el bien proviene de un delito, pues el solo incumplimiento de los requisitos para que pueda circular, es decir, las irregularidades administrativas no pueden justificar un comiso en esas circunstancias.[121] La pretensión es resguardar los derechos fundamentales de quienes figuren como terceros de buena fe adquirentes de dichos bienes.[122]

---

[120] SST N° 1013/2005 de 2 de setiembre y STCP Cartago N° 265/2010 de 10 de agosto. En ésta se indica: *"Del mismo artículo 41 del Código de Familia que cita el recurrente en su alegato, así como de la interpretación jurisprudencial dada al mismo, se desprende que su tesis no es de recibo. Los bienes gananciales surgen al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales. Con relación al tema y la naturaleza jurídica de los bienes gananciales, el Tribunal de Familia ha indicado: "El sistema subsidiario, es decir la opción legal en ausencia de la convencional, es como ya se ha dicho el sistema de participación diferida en el valor de los bienes. Así, en nuestro sistema supletorio, el derecho a gananciales es un derecho personal a una suma de dinero, así que la diferencia entre los derechos reales y las obligaciones como tales, nos da la clave. El derecho personal es el vínculo jurídico entre dos personas, a diferencia del real, en el que predomina la relación entre una persona y una cosa. En el primero ha de haber dualidad de sujetos, un acreedor y un deudor, y puede no existir cosa alguna de por medio. El derecho real puede definirse como la potestad sobre una o más cosas, constituye una relación jurídica entre una persona y una cosa. Es importante puntualizar que en nuestro ordenamiento y jurisprudencia – a la luz del otrora artículo 76 y 77 del Código Civil de 1888- en algún momento se tuvo que el derecho a gananciales constituía un derecho real de copropiedad, es decir podríamos decir que se trataba de una participación en especie no como valor. Esto se dio porque el término que utilizaba la ley era que los bienes se considerarían comunes y se distribuirían por igual. Esa misma fórmula se utilizó en la versión original del Código de Familia, es decir en la Ley número 5476 del veintiuno de diciembre del mil novecientos setenta y tres. Pero la primera reforma que se le hizo a dicho Código, a saber la ley número 5895 del veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis, introdujo la fórmula de el derecho a gananciales constituía la participación en el cincuenta por ciento del valor neto de los bienes con esa naturaleza que se constaten en el patrimonio del otro cónyuge. Participar en un valor no implica copropiedad, sino la definición de una suma de dinero que ha de pagar un cónyuge al otro. El derecho a gananciales es entonces un derecho personal, a saber un cónyuge como acreedor y otro como deudor. IV.- LIBRE DISPOSICIÓN: Ahora bien, dentro de las características que contiene nuestro régimen mixto, propias sobre todo de un régimen de separación, está la de la libre disposición de los bienes y también la de titularidad de sus bienes, contenida en el artículo 40 del Código de Familia: "cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros"... no existe un derecho real de parte del cónyuge sobre los bienes de su consorte, de manera que no es sino hasta que se disuelva el vínculo bien por nulidad del matrimonio, o por divorcio o separación judicial que surge el derecho personal a participar del cincuenta por ciento del valor neto de los bienes que están dentro del patrimonio del otro cónyuge y adquiridos dentro del matrimonio. Las únicas excepciones que impone la ley a la libre disposición de los bienes durante el matrimonio de parte de cada cónyuge, son la liquidación anticipada de los bienes, o la simulación de traspasos con el objeto de burlar los futuros derechos del consorte (cfr. Res 181-2009 Tribunal de Familia). Por ello, si bien en este caso, el imputado es casado con la señora C.B., y el vehículo pertenece al encausado, al no estar disuelto el vínculo, ni existir liquidación anticipada de bienes, o tratarse de traspasos simulados, no ha surgido el derecho a gananciales de la señora C.B. sobre el vehículo placas XXX que conducía el encartado bajo los efectos del alcohol, en una proporción mayor a la permitida por la ley..."*

[121] Así, STCP San José N° 101/2004 de 12 de febrero: *"En el presente caso se determinó que la motocicleta objeto de este proceso presenta alteraciones que impiden determinar su identificación, y no se*

encuentra inscrita, pero no se ha determinado que la misma provenga de un delito, sin que exista alguna denuncia en tal sentido, ni quién fue la persona que alteró los datos de la misma, y si alguno de los adquirentes del bien conocían ese extremo. Ante ello, tal y como se hace en la resolución impugnada, se parte de que estamos en presencia de poseedores de buena fe. El problema estriba en determinar si la posesión de un bien en tales condiciones está permitida, pues de ello depende el que se pueda entregar o no el bien a su poseedor o dueño, conforme a la excepción que plantea el numeral 110 del Código Penal, en cuanto pese a la existencia de un delito, deja a salvo el derecho del ofendido o de un tercero sobre los bienes provenientes de su realización o los instrumentos utilizados en su comisión. Es claro que tratándose de armas cuya posesión es prohibida no podrían ser devueltas, pues la misma posesión es delito, igualmente ocurre con la posesión de drogas prohibidas, por lo que no podrían devolverse a su dueño. Pero la posesión de un vehículo en sí mismo no configura un delito, aunque esté alterado en sus marcas y señas, no esté inscrito, y no tenga permiso para circular, aspectos que inciden en su traspaso, y, evidentemente, en sus posibilidades de circulación. De modo que son estos aspectos los que tendrían que advertirse al proceder a la entrega de uno de estos bienes sujetos a inscripción, al tercero de buena fe, que demuestre tener derecho sobre el mismo." Vid. en igual sentido SSTCP San José N° 92/2001 de 26 de enero y N° 117/2004 de 12 de febrero de 2004.

[122] *"El Lic. Jofrey Salas Fuentes, Fiscal Auxiliar del Ministerio Público… alega quebranto de los numerales 465 del Cpp en relación con el 110 del Código Penal, señalando que "...nos encontramos ante una errónea interpretación del artículo 110 del Código Penal, por sí solo el bien (motor del automotor) está revestido de ilegalidad debido a que se encuentra su numeración alterada por eso concluimos que el bien alterado es un instrumento u objeto con que se cometió el delito... no obstante el hecho de que esta representación Fiscal (sic) no pueda demostrar que el señor Sánchez Espinoza fue la persona que alteró el bien en cuestión... esa circunstancia no debe incidir en cuanto a la devolución del vehículo, pues si ese automotor tiene sus números de identificación del motor alterados, no existirá documento alguno que pueda legitimar la posesión ... El recurso se rechaza. Este Tribunal en el voto 233-F-97 del 21 de marzo de 1997 dispuso, en una situación similar que, "... al no haberse desvirtuado en la sentencia la adquisición de buena fe de parte del imputado, adquisición que se tuvo por demostrado se realizó en una empresa reconocida, y que tampoco a la fecha se haya presentado a reclamar los objetos alterados algún tercero con mejor derecho, no procede ordenar el comiso... por lo que se casa la sentencia en este aspecto, y se ordena la devolución..." En el presente caso… el motor objeto de litigio fue comprado a la empresa Motores Peisa S.A. el 18 de diciembre de 1996 por parte del hermano del imputado, quien así lo reclama…, de tal manera que no procede ordenar su comiso a favor del Estado por cuanto ello implicaría una confiscación violatoria del canon 42 constitucional, en relación con el 45 ibídem, que protege el derecho a la propiedad privada. El art. 110 del Código Penal al señalar que "El delito produce la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros", excluye aquellos bienes sobre los cuales terceras personas acrediten su lícita adquisición y tenencia de buena fe, como sucede con el señor Jorge Sánchez Espinoza, hermano del imputado sobreseído, quien figura como dueño del vehículo en el Registro Público de la Propiedad Mueble … La situación registral del mismo deberá subsanarla el dueño, a fin de evitarse problemas provenientes de la anomalía descubierta en cuanto al número de su motor. No obstante, como se reitera, si es adquirente de buena fe no se le puede perjudicar con el comiso definitivo…Y en cuanto a la cita que se hace al f. 71 del voto 2000-076 del 28 de enero del presente año, dictado por este mismo Tribunal de Casación, en el que se puntualizó que "...un bien para ser susceptible de comiso, sólo requiere que sea objeto del delito y no que se demuestre la autoría de una persona y en igual sentido los artículos 465 y 466 del C.P.P. no exigen para la procedencia del comiso que se dicte una sentencia condenatoria...", es menester aclarar que no es contradictoria con lo que ahora se define, toda vez que en la misma no se discutió la adquisición de buena fe del bien, que ostenta en el presente caso el señor Sánchez Espinoza, constituyendo ese aspecto una diferencia esencial implicativa de decisiones distintas."* STCP N° 632/2000 de 14 de agosto. Entiendo que sí hay una diferencia importante entre ésta y la STCP de San José N° 76/2000 de 28 de enero que menciona, pues en la última se consideró procedente el comiso porque a pesar de la absolutoria, el hecho de que el bien presentase alteraciones suponía que se había dado un delito de alteración de señas y marcas.

E. Principio de proporcionalidad.

Tratándose del principio de proporcionalidad, lo primero que hay que señalar es que a pesar de tener rango constitucional[123] el legislador no reguló su aplicación en materia de comiso. Por eso, no son extrañas las resoluciones en las que, desconociendo que el Derecho de la Constitución irradia todo el ordenamiento jurídico, se ha indicado que el comiso debe imponerse siempre que así lo exija la ley.[124] Afortunadamente encontramos algunas otras sentencias en las que a pesar del vacío legal se ha dispuesto la aplicación de dicho principio y en consecuencia, se ha optado por no imponer el comiso. Un ejemplo de esto es la SST N° 24/2004 de 23 de enero. En esta se indicó: *"Resulta ostensible que la justiciable es una persona de escasos recursos económicos que se dedicaba a la venta de cocaína base (crack) a consumidores*

[123] SSSC N° 1739/1992 de 1 de julio y N° 18486/2007 de 19 de diciembre, que en lo que interesa, dice: *"Esta Sala ha reconocido en anteriores oportunidades que el principio de razonabilidad surge del llamado "debido proceso substantivo", que significa que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca, de modo que cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad, lo cual sin duda también resulta de plena aplicación en materia penal. Así, ha reconocido la Sala que un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción que será adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad."* Vid. también la SSC N° 16202/2010 de 28 de septiembre.

[124] Desde mi óptica, Bonilla Guzmán desconoce los principios constitucionales al sostener que: *"No se pretende, en el presente análisis, la inobservancia del principio de proporcionalidad, sin embargo se considera que la aplicación de ese principio en el caso antes citado, excede su ámbito de cobertura y lesiona groseramente el principio de legalidad, pues aduciendo argumentos propios de un garantismo extremo se ignora lo dispuesto por la norma y se abre un peligroso "portillo", que permitiría a los Tribunales en el futuro –invocando el principio de proporcionalidad- aplicar erróneamente ese principio a todo tipo de situaciones en que medie la condición socioeconómica de los imputados; ejemplos claros de casos con circunstancias similares son los siguientes: el caso de un transportista de drogas que solo posee el vehículo en que transporta el alijo; el pescador artesanal que solo posee la lancha en la que recoge la droga en el mar y en fin, todos los casos de vendedores de droga que poseen solo la vivienda que utilizan para el expendio de las sustancia ilícitas y que, como en el caso de la resolución antes mencionada, son reincidentes (anteriormente esa persona utilizó el mismo inmueble para cometer el mismo delito); en ese caso es necesario considerar un elemento adicional: se trata de una casa de bien social, subvencionada por el Estado, lo que implica que, fue un derecho de posesión brindado bajo condiciones muy especiales, entre las que destaca el fin de residencia familiar. Si ese fin se cambia por el propietario, utilizando el inmueble para fines comerciales o para arrendamiento, son causales suficientes para que pierda la titularidad, con mucho más razón si se utiliza la morada para expender droga y no como residencia, pues en ese caso, la sentenciada residía en otro lugar y utilizaba la casa en discusión únicamente para vender drogas."* BONILLA GUZMÁN, *op. cit.*, pp. 123-124.

finales desde su vivienda… El principio constitucional de proporcionalidad aplica no solamente a la sanción penal impuesta a quien resulte condenado por la comisión de un delito, sino también abarca a las consecuencias civiles y administrativas que se deriven de dicha pena. En este caso, dado el perfil socioeconómico de la imputada, acceder al comiso solicitado equivaldría a proceder a extender los efectos punitivos con fines claramente confiscatorios en desmedro del único patrimonio de la sentenciada, lo que vulnera ostensiblemente el principio de proporcionalidad de carácter constitucional. Distinto es el caso, de los autores y partícipes condenados por narcoactividad que cuentan con múltiples bienes muebles e inmuebles y gozan de una boyante situación financiera fruto precisamente de su ilícita actividad. En ese supuesto no cabe duda ninguna que resulta constitucionalmente proporcional adoptar la medida del comiso, puesto que la afectación al bien jurídico tutelado ha sido en mayor escala y ello se evidencia con el lucro obtenido que les ha permitido obtener los bienes que se incautan…"

La Sala Tercera ha reconocido la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad al comiso, ello a pesar de que su aplicación no esté prevista en la ley. Se trata de una decisión acertada, pues por ser un principio constitucional vincula todo el ordenamiento jurídico. Esta sentencia, que se da en el contexto de un delito vinculado con el narcotráfico, no es la única que se refiere al citado principio. También encontramos algunos pronunciamientos en relación con el comiso de vehículos empleados para cometer infracciones contra la seguridad vial. En las sentencias N° 7783/2011 de 15 de junio y la N° 9400/2011 de 20 de julio, ambas de la Sala Constitucional, ésta se pronunció sobre la constitucionalidad de la aplicación automática (entiéndase preceptiva), del art. 110 CP en relación con el art. 254 bis del Código Penal[125] (delito de peligro que tipifica la *conducción temeraria)* y concluyó que era inconstitucional por vulnerar el mencionado principio. Según ese órgano jurisdiccional, el art. 254 bis CP contempla muchas hipótesis fácticas y si bien en algunas sí podría resultar procedente el comiso, en otras puede ser una medida irrazonable y

[125] La norma señala:
"Se impondrá pena de prisión de uno (1) a tres (3) años y la inhabilitación para conducir vehículos de todo tipo, de uno (1) a cinco (5) años, a quien conduzca en las vías públicas en carreras ilícitas, concursos de velocidad ilegales o piques contra uno o varios vehículos, contra reloj o cualquier otra modalidad.
Si el conductor se encuentra bajo alguna de las condiciones indicadas en el párrafo anterior y las señaladas en los incisos a) y b) del artículo 107 de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.° 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas, se impondrá pena de prisión de dos (2) a seis (6) años y, además, se le inhabilitará para conducir todo tipo de vehículos de dos (2) a diez (10) años.
Se impondrá pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, a quien conduzca un vehículo automotor a una velocidad superior a ciento cincuenta (150) kilómetros por hora.
Se impondrá prisión de uno (1) a tres (3) años, a quien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco (0,75), gramos de alcohol por cada litro de sangre.
Al conductor reincidente se le impondrá una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años.
Cuando se imponga una pena de prisión de tres (3) años o menos, el tribunal podrá sustituir la pena privativa de libertad por una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública que podrá ser desde doscientas (200) horas hasta novecientas cincuenta (950) horas de servicio, en los lugares y la forma señalados en el artículo 71 ter de la Ley de tránsito por vías públicas terrestres, N.° 7331, de 13 de abril de 1993, y sus reformas. (Así adicionado por el inciso b) del artículo 4° de la Ley N° 8696 de 17 de diciembre de 2008)."

desproporcionada a la conducta sancionada, por lo cual es el juez quien debe valorar su imposición en cada caso concreto.

Ya en la sentencia N° 1009/2010, el TCP de San José se había pronunciado sobre este tema al resolver un recurso de casación contra una sentencia en la cual se decretó el comiso en favor del Estado de un vehículo con que se cometió un delito de conducción bajo los efectos del licor, llegando a la misma conclusión, a saber, que no es posible ordenar el comiso sin un examen del caso concreto para determinar si es o no proporcional. Esta es también la posición adoptada en las siguientes resoluciones: STCP de San José N° 1126/2011 de 30 de agosto;[126] STCP de Cartago N°176/2011 de 10 de junio y N° 207/2011 de 21 de julio; así como la STAS de Cartago, N° 371/2011 de 16 de diciembre.[127] Finalmente, si bien han existido resoluciones donde

[126] "*...Respecto a este tema ya esta Cámara, con igual integración, ha sido coincidente, como lo alega la impugnante, en que el comiso en este tipo de delitos es desproporcional. Así en el voto Nº 2010-1009 de las 8:00 horas del 31 de agosto de 2010, luego de un exhaustivo análisis de legislación, doctrina y jurisprudencia, concluyó que: "las consecuencias que la totalidad del ordenamiento jurídico le atribuye a la conducción bajo los efectos del licor para concluir que existe un exceso que hace que el comiso, en tales circunstancias, deba considerarse desproporcionado, no sólo porque la conducta de conducir bajo los efectos del licor ya tiene previstas una pluralidad de efectos jurídicos (multa o prisión: artículos 130 inciso a de la Ley de Tránsito y 254 bis del Código Penal; retiro de circulación del vehículo o de sus placas: artículos 141 inc. a y 155 de la Ley de Tránsito; pérdida de la totalidad de puntos y suspensión de todas las licencias por 2, 4 ó 10 años, según se trate de la primera, segunda o tercera falta similar y la obligación de desplegar cursos de sensibilización, reeducación vial o tratamiento para adicciones, una vez vencido el plazo de suspensión, para recuperar solo parte de los puntos: artículo 71 bis inc. a) y 71 ter de la Ley de Tránsito) sino, además, por el hecho de que, frente a ilícitos de resultado (es decir, más graves), producidos con la conducción de vehículos bajo los efectos del licor, como las lesiones o la muerte (artículos 117 y 128 del Código Penal), no cabe el comiso que, como se ha dicho, se ha circunscrito a delitos dolosos y no culposos como los referidos. Esto hace, a todas luces, inadmisible el comiso en el primer supuesto, partiendo del mismo principio de igualdad constitucional que obliga tratar como iguales (inaplicar el comiso) a quienes estén en las mismas condiciones (conducir bajo los efectos del licor). Adicional a ello, la medida accesoria podría ser más gravosa que la pena principal, habida cuenta que la pena de prisión podría conmutarse a multa, si se dieran los supuestos para ello (artículo 69 del Código Penal), en cuyo caso el día de multa no puede superar el salario diario de la persona (artículo 53 ibídem) o bien se podría sustituir la pena de prisión por servicios de utilidad pública (párrafo final del artículo 254 bis de dicho código). Entonces, tanto por la pluralidad de efectos que el ordenamiento jurídico le da, en este momento, a la misma conducta, como porque un comportamiento similar pero con efectos más graves es tratado más benévolamente que la conducta que nos ocupa y porque lo secundario podría ser más gravoso que lo principal, estima unánimemente este Tribunal que se da la citada desproporcionalidad al decretarse, en estos casos, el comiso del vehículo, objeto que no proviene de la realización del delito y cuyo uso general es lícito (...) Así las cosas, el análisis efectuado permite a este Tribunal señalar, unánimemente, que la medida de comiso de vehículos automotores en el delito de conducción temeraria resulta, en el estado actual de nuestra legislación, una medida desproporcionada y que roza con el principio de legalidad en la vertiente supra referida. "En similar sentido el voto N° 2010-1494 de las 14:25 horas del 20 de diciembre de 2010. No obstante, esa posición de esta integración del Tribunal, que no era compartida por otras integraciones, ni por otros Tribunales de Casación, quedó definitivamente resuelta, cuando la Sala Constitucional, al evacuar una consulta judicial, señaló en el voto número 7783-2011 que: "es inconstitucional la aplicación automática del artículo 110 del Código Penal relativo al comiso, al delito de conducción temeraria establecido en el artículo 254 bis del Código Penal"* (...)*El vehículo decomisado y puesto en depósito provisional (cfr. folio 26), debe ser devuelto, de modo definitivo, a su titular sin que, para ello, sea necesario el reenvío...*"

[127] *"No ordenarse el comiso en el presente caso, no resulta ser una desaplicación arbitraria del artículo 110 del Código Penal, pues su aplicación no podría ser automática, cuando primero debe atenderse el principio constitucional de proporcionalidad, y sus derivados como lo son la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Concluye esta Cámara que la aplicación del comiso en este caso*

se ha avalado el comiso del vehículo, en buena parte de ellas[128] no ha sido porque se haya menospreciado la aplicación del principio de proporcionalidad, sino por considerar que en el caso concreto no se ha quebrantado el mismo.[129]

A pesar de la conquista que supone el que los órganos jurisdiccionales que resuelven los recursos de apelación y casación contra las sentencias reconozcan la aplicación del principio de proporcionalidad en delitos como los ya comentados, existen algunas parcelas en las que esa aplicación sigue cuestionándose, p. ej., en relación con el delito de cacería ilegal en una zona protegida. El TCP de Cartago, en la sentencia N° 198/2011 de 30 de junio, concluyó que dicho principio no era aplicable cuando el legislador ha previsto el comiso de los instrumentos con que se cometió este hecho con carácter imperativo (art. 94 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre), desconociendo que el comiso contenido en el art. 110 CP, norma general que regula el tema, también está formulado en términos imperativos y a pesar de esto, la misma Sala Constitucional ha considerado necesario hacer un examen de proporcionalidad en cada caso.[130]

Entiendo que aplicar el principio de proporcionalidad en relación con el comiso sigue siendo difícil pues ciertamente, el juez se ve en la tesitura de tener que des-

---

es desproporcionada porque el delito de conducción temeraria ya tiene previstas sanciones atinentes a la conducta, y el vehículo no resulta ser un instrumento del delito."

[128] Hay algunas en las que sí se negó la aplicación del principio de proporcionalidad argumentando que el art. 110 CP contempla un comiso preceptivo. Léase v.g., STCP San Ramón N° 302/2010 de 6 de agosto; SSTCP San José N° 1334/2010 de 12 de noviembre y N° 136/2011 de 2 de febrero. En la 1334/2010 se explica lo siguiente: *"En la sentencia impugnada se reclama la desproporcionalidad en cuanto al comiso del vehículo, por tratarse de un delito menor, en lo cual se ha manifestado de acuerdo el señor fiscal. Esta Cámara [sic] considera que para la comisión del delito de conducción temeraria, es un instrumento material esencial el automotor, pues precisamente es lo que causa un peligro tal, que su puesta en marcha por el sujeto ebrio, es lo que la ley sanciona. En consecuencia, siendo un instrumento necesario para la comisión del delito, corresponde su comiso definitivo, tal como lo ordena el artículo 103 del Código Penal. Por tales razones el fallo resuelve correctamente ese extremo. Por todo lo anterior, se declara sin lugar el recurso de casación."*

[129] STCP Cartago N° 236/2010 de 9 de julio y N°250/2010 de 3 de octubre. Lo que sí es cuestionable en estas sentencias es el tratamiento del comiso como si fuese una pena.

[130] Señala ese Tribunal que el principio de proporcionalidad *"...resulta aplicable siempre y cuando no exista una norma que obligatoriamente imponga el comiso de los instrumentos con los que se cometió el delito, pues en esos casos resulta imperativo para el Tribunal decretar el mismo precisamente por cuanto el legislador ha considerado necesario que así sea por el especial carácter del bien jurídico tutelado. Ese es el caso de la Ley 7317 (Ley de Conservación de la Vida Silvestre) vigente al momento de los hechos aquí acusados que disponía en su artículo 94 (tipo penal aplicado en este proceso) el comiso del equipo utilizado y de las piezas que constituyan el producto de la infracción, en este caso de la cacería ilegal dentro de una zona protegida. En igual forma, establece dicha norma que: "Las armas pasarán a poder del Ministerio de Seguridad Pública para ser usadas o, en su defecto, destruirlas. Las trampas cogedoras y demás utensilios de caza al igual que los vehículos utilizados pasarán a ser propiedad de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, de conformidad con lo que establezca el Reglamento de la presente ley". Por ello, estima ésta Cámara que en el caso del delito contemplado en el artículo 94 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre resulta imperativo imponer el comiso de los vehículos que se hayan utilizado para realizar la cacería, lo cual ocurrió con el automotor marca Toyota Hilux placas [...] propiedad del encartado, pues en él se transportaron los imputados hasta la entrada de la propiedad en cuestión, y en él transportaron los perros que utilizaron para poder cazar los tres tepezcuintles y el pizote. Así mismo pretendían salir de la reserva con sus presas y los perros en el mismo vehículo citado cuando fueron detenidos por los oficiales de policía y del Minaet. Por lo anterior, se rechaza el motivo."*

conocer el carácter preceptivo del comiso consagrado en el art. 110 CP. Aunque en buena técnica jurídica, un principio con fundamento constitucional debería bastar para que el juzgador se niegue a imponer un comiso desproporcionado, creo que es necesaria una reforma legal que autorice al órgano jurisdiccional a no decretar el comiso cuando sea una medida de excesiva dureza para el titular del bien. También se requiere introducir otras opciones que permitan alcanzar los fines que persigue el comiso a un menor costo para el ciudadano, p. ej., ordenar el comiso parcial, o sustituirlo con otras medidas que no suponen la pérdida de la titularidad, p. ej., modificar el instrumento que sea intrínsecamente peligroso.[131] Solamente así dejarán de existir sentencias como las que apunté antes, donde se insiste en que hay ámbitos en los que el comiso se debe aplicar preceptivamente, incluso cuando lesione el principio de proporcionalidad.

[131] A pesar de que no se prevén esas alternativas, hay resoluciones en las que se los órganos jurisdiccionales optan por medidas menos gravosas que el comiso, lo que ciertamente carece de todo sustento legal. P. ej., en un caso en que el imputado colocó a un vehículo pendiente de inscripción los datos de identificación de otro también de su propiedad, que estaba en malas condiciones pero inscrito, la jueza dispuso rechazar el comiso y a efectos de terceros, *"...consignar al margen del asiento de inscripción registral del vehículo placas 139067 (el inscrito y en mal estado), que tanto el número de placas como el vin de dicho automotor, le fueron colocados a otro vehículo importado de Estados Unidos..."*, en lugar de ordenar su comiso. Esta decisión fue avalada por el TCP, a pesar de no tener amparo en norma alguna: STCP San José N° 757/2003 de 5 de agosto.

CAPÍTULO VII. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA ESPAÑA Y COSTA RICA

En este acápite me voy a referir a la necesidad de crear un procedimiento independiente para discutir el tema del comiso. Del mismo modo, voy a elaborar una propuesta de *lege ferenda* en relación con esta figura jurídica, misma que por su carácter general, puede se puede adaptar tanto a la legislación penal como a la costarricense.

I. Sobre la necesidad de un proceso accesorio y uno autónomo para resolver sobre el decomiso.

Blanco Cordero entiende que todo lo relacionado con el comiso se debería ventilar en un procedimiento independiente al proceso penal, pues en éste el comiso se hace depender de la condena (así sucede p. ej., con el comiso ampliado) y porque se debe cumplir con garantías muy estrictas, v.g., en relación con la prueba sobre el origen de los bienes. Un procedimiento, señala, que cabe tras constatar una situación patrimonial ilícita como consecuencia de una infracción penal y que no está sujeto a la condena de una persona: "De *esta manera se evita que difíciles cuestiones relacionadas con la investigación del patrimonio criminal y otros problemas relativos a la propiedad de los bienes, obstaculicen y ralenticen el proceso principal dirigido a la determinación de las responsabilidades penales."*[1] Con esta misma orientación se expresa Maugeri, al recomendar un procedimiento accesorio y uno autónomo en materia de comiso.[2]

Nadie puede negar que hay circunstancias bajo las cuales sería conveniente discutir por separado, sobre la imposición del comiso (sea en un procedimiento accesorio a aquel en que se resuelve sobre la responsabilidad criminal, o en un procedimiento autónomo, que no guarde relación alguna con lo que se disponga sobre ese tema). Ahora, las preguntas que surgen son en cuáles supuestos procederá aplicar esa clase de procedimientos y en qué ámbito jurisdiccional se debe desarrollar aquel

[1] BLANCO CORDERO, "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit.,* pp. 362-363. Léase también BLANCO CORDERO, "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal, op. cit.,* pp. 105-106 y BLANCO CORDERO, Isidoro. "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (Coords.). *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción.* México, Ubijus, Editorial S.A. de C.V., N° 1, 2012, pp. 348-349.

[2] MAUGERI, Anna María. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo, op. cit.*, p. 883-888.

que es autónomo (entiéndase, ajeno a lo que se resuelva sobre la responsabilidad criminal).

Según Blanco Cordero, ese procedimiento independiente podría ser el conocido, gracias a la influencia colombiana, como *extinción de dominio*, o el que en el ámbito del Common Law se conoce como *decomiso civil*.[3] Yo no comparto esta posición. Como expuse en su momento,[4] el comiso es una medida de carácter penal, cuya característica principal es el ejercicio del poder de imperio del Estado, lo que al menos en países como España o Costa Rica excluye, al menos en el *plano del deber ser*, cualquier pretensión de regular esta figura jurídica en los mismos términos que cualquier otra de carácter civil. Aunado a esto, a diferencia de lo que sucede en los distintos sistemas jurídicos del Common Law, donde el criterio probatorio exigible para acreditar el origen de los bienes puede ir desde poco más de la mera sospecha a la prueba que va más allá de toda duda razonable,[5] lo que podría facilitar la aplicación del comiso sin condena, en el caso español como el costarricense la situación es distinta, ya que en materia civil se requiere que el órgano jurisdiccional alcance un grado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión.[6]

La extinción de dominio, por su parte, es una opción falaz, pues a pesar de las apariencias, la medida mantiene su carácter sancionatorio y por ende, algunos de los supuestos en los que se autoriza su aplicación son cuestionables desde una perspectiva constitucional. Lo que debe ser la excepción (ya que un proceso *in rem* solo debe tener lugar cuando no se pueda articular un procedimiento *in personam*), con la extinción de dominio se convierte en la regla, p. ej., en Colombia[7] se prevé como supuesto de extinción el incremento patrimonial injustificado en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo -art. 2.1 de la Ley N° 793 de 27 de diciembre de 2002-. Esta situación también se da en la Ley contra la delincuencia organizada vigente en Costa Rica, misma que analicé -y critiqué- atrás.[8]

Como el comiso es una medida de carácter penal, cualquier procedimiento destinado a resolver sobre este tema debe articularse en la jurisdicción penal. Aunque Blanco Cordero[9] y Maugeri[10] llevan razón al concluir que la normativa procesal penal

---

[3] BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS; ONTIVEROS ALONSO; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción, op. cit.,* p. 371.

[4] Capítulo III, apartado III.C.2 de esta investigación.

[5] Al respecto, léase BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS; ONTIVEROS ALONSO; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción, ibídem*, pp. 365-367.

[6] Art. 217, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -España- y art. 330 del Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley No. 7130 de 21 de julio de 1989, publicado en La Gaceta No. 208 de 3 de noviembre de 1989. Sobre la sana crítica como la vía para alcanzar un grado de certeza (o no) en cuanto a los hechos, véase la sentencia de la Sala Primera, N° 712/2005 de 26 de septiembre.

[7] Ley N° 793 de 27 de diciembre de 2002. Diario Oficial N° 45046 de 27 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0793_2002.html.

[8] Capítulo V, apartado IV de este trabajo.

[9] BLANCO CORDERO, "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y

ha sido un obstáculo para aplicar el comiso de forma eficaz, esta situación puede cambiar. Lo que se necesita es que el legislador le conceda al comiso la importancia que le corresponde, dotándola de los insumos procesales que permitan al órgano jurisdiccional y a las partes concentrar sus esfuerzos en la investigación de los bienes susceptibles de comiso; su localización y aseguramiento; la adopción del decomiso a través de una resolución y el destino que debe asignarse a esos bienes. Se trata de reformar la legislación sustantiva, la LECrim y el CPP costarricense, para dar cabida al comiso en circunstancias en las que ordinariamente no tiene lugar (p. ej., ante la fuga del imputado), siempre con apego a los derechos y garantías que la CE exige en relación con aquellos actos en los que el Estado ejerce su poder de imperio.

La segunda pregunta es cuándo se deben aplicar esos procedimientos. Creo que el uso de ambos debe ser excepcional. El accesorio, p. ej., cuando resolver sobre el comiso y sobre la responsabilidad criminal simultáneamente, por el número de personas que alegan tener intereses legítimos sobre los bienes, o por las investigaciones que se deben realizar en cuanto a estos (v.g., para desenmascarar el uso de testaferros), provoque demoras excesivas.

El segundo proceso, de carácter autónomo, también debería tener lugar de forma excepcional. P. ej., cuando no hay un imputado identificado, o cuando éste se ha dado a la fuga[11]). También se pueden considerar otros supuestos, como la muerte o la inmunidad del autor del hecho, o cuando el propietario abandona sus bienes.[12]

Al restringir su empleo, se evita que estos procesos se conviertan en una alternativa al proceso penal. El proceso autónomo no debe eximir a la parte acusadora de su deber de demostrar la comisión de actividades criminales, sobre todo las que se han realizado durante largos periodos de tiempo, o al responsable de no ser sancionado penalmente por cometer esas actividades criminales, pues solo experimen-

---

enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, op. cit.,* p. 363.

10 *"...dalla prassi è emersa l'inadeguatezza della normativa processuale nel consentire un'efficace applicazione della confisca penale, in quanto non consente un'attivité d'indagine approfondita ed idónea a conseguiré la confisca di « rilevanti porzioni di economia criminale » e, inoltre, in sede dibattimentale, l'attenzione dell'organo giudicante è concentrata sulla verifica della responsabilité penale, con il rischio di sacrificare le questioni patrimoniali anche al fine di garantiré il rispetto dei rigidi termini processuali."* MAUGERI, *op. cit.*, p. 884.

11 En el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 (DOCE N° C 251 de 15 de agosto de 1997), en la recomendación 26.c), se indica: *"...deberían adoptarse normas sobre confiscación que hicieran posible la confiscación independientemente de la presencia del autor del delito, como en los casos en que el autor del delito ha muerto o ha huido..."* Como expuse en el capítulo II de esta investigación, la Convención de las NU contra la Corrupción apuesta por el comiso sin condena cuando el delincuente no pueda ser procesado por muerte, huida o ausencia, o en otros casos que se estimen apropiados (art. 54.1.c).

12 Estos son algunos de los supuestos en los que Blanco Cordero cree que se debe aplicar el comiso civil o extinción de dominio. BLANCO CORDERO, "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS; ONTIVEROS ALONSO; RODRÍGUEZ GARCÍA, *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción, op. cit.,* pp. 350; 355 356. Como se puede vaticinar, aunque comparto los supuestos, no comparto la solución final, pues desde mi punto de vista creo que la extinción de dominio y el comiso civil sean la respuesta a este problema.

tará la pérdida de su patrimonio.[13] Igualmente, el procedimiento accesorio no debe emplearse cuando el proceso principal es de mínima complejidad y el órgano jurisdiccional penal puede resolver sobre el comiso y sobre la responsabilidad criminal simultáneamente. Aunado a esto, el hecho de que se articule en la jurisdicción penal también es un mecanismo que contribuye a evitar los peligros antes descritos, ya que para disponer el comiso siempre se requerirá prueba que permita relacionar los bienes con algún hecho criminal.

En suma, es necesario incorporar una regulación sustantiva[14] y procesal[15] que autorice el comiso en los términos antes expuestos. Tratándose de los efectos o

---

[13] Para Greenberg y otros, un sistema de decomiso de activos *in rem* no debería permitir a los criminales evitar el enjuiciamiento. *"Sacrificar un proceso penal, cuando pueda realizarse, a cambio del decomiso de activos... da la apariencia de que un delincuente compre su salida del proceso penal."* GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture.* Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009, p. 27.

[14] En la legislación alemana p. ej., se prevé la posibilidad de que el comiso sea impuesto con independencia del proceso penal seguido contra una persona determinada. El §76 a indica:

"§ 76a Selbständige Anordnung
(1) Kann wegen der Straftat aus tatsächlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so muß oder kann auf Verfall oder Einziehung des Gegenstandes oder des Wertersatzes oder auf Unbrauchbarmachung selbständig erkannt werden, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben oder zugelassen ist, im übrigen vorliegen.
(2) Unter den Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 und des § 74d ist Absatz 1 auch dann anzuwenden, wenn
1. die Verfolgung der Straftat verjährt ist oder
2. sonst aus rechtlichen Gründen keine bestimmte Person verfolgt werden kann und das Gesetz nichts anderes bestimmt.
Einziehung oder Unbrauchbarmachung dürfen jedoch nicht angeordnet werden, wenn Antrag, Ermächtigung oder Strafverlangen fehlen.
(3) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn das Gericht von Strafe absieht oder wenn das Verfahren nach einer Vorschrift eingestellt wird, die dies nach dem Ermessen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts oder im Einvernehmen beider zuläßt."
StGB.

"Sobre confiscación especial, decomiso, destrucción e inutilización se debe decidir, por regla general, "en la sentencia", por lo tanto, en una sentencia penal que impone una pena a una persona determinada (esto es, en un procedimiento subjetivo). Sin embargo, en el § 76a, StGB, está previsto que estas medidas puedan ser impuestas, bajo ciertas circunstancias, "independientemente", es decir, sin que se lleve a cabo un proceso penal contra una persona determinada. Es condición para ello que la condena de una determinada persona no sea factible; así, p. ej., el dinero falsificado puede ser decomisado (§ 150, StGB) aun cuando el falsificador esté prófugo o sea desconocido (llamado procedimiento objetivo)." ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Traducción de la 25° edición alemana hecha por CÓRDOBA, Gabriela E.; PASTOR, Daniel R. Revisada por MAIER, Julio B.J. Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 2000, p. 548.

[15] El Código procesal penal alemán prevé un proceso para las incautaciones y confiscaciones de bienes. La regulación además de contemplar los derechos y obligaciones del participante en ese proceso, prevé la imposición de la medida en un proceso posterior a la firmeza de la sentencia, así como un proceso objetivo, que permite imponer las medidas de forma aislada a la persecución penal de alguna persona cuando ésta no sea plausible. Véase al respecto §§ 430 a 443 StPO. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 30 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/. Esto también suce-

instrumentos de la infracción, como en *teoría* la imposición del comiso depende de la peligrosidad del bien a decomisar y no de la culpabilidad del autor o partícipe de la conducta, la creación de un proceso autónomo no supone problema. Piénsese p. ej., en las armas de fuego cuya custodia está reservada a las fuerzas de seguridad del Estado, o en productos de consumo fraudulentos.[16]

Tratándose del comiso de bienes que no son peligrosos intrínsecamente y sobre todo del comiso de las ganancias, la situación no es tan sencilla, ya que al no ser cosas peligrosas en sí mismas, es necesario ponderar la conducta atribuida al autor o partícipe, o al tercero titular, para determinar su origen o su destino. Sin embargo, las dificultades probatorias a las que se puede enfrentar la parte que formula la acusación no son una excusa válida para adoptar la solución que está al otro extremo del péndulo, a saber, exonerar a esa parte de su obligación de demostrar que hay una relación entre los bienes cuyo comiso pretende y alguna actividad criminal. Por tanto, para que el comiso prospere, ese vínculo se debe acreditar siempre, valiéndose claro está, de cualquier medio de prueba que sea admitido por el ordenamiento jurídico, p. ej., la prueba indiciaria. Se trata de una situación que probablemente, no difiera en mucho de la que se presenta en relación con la demostración de algunos delitos, v.g., del blanqueo de capitales.

II. Una propuesta de *lege ferenda* en materia de comiso.

A continuación formulo una propuesta de *lege ferenda* sobre los extremos más importantes que han sido examinados en esta investigación. La que se plantea en relación con los artículos 127 y 128 del CP español es la misma que se recomienda para sustituir el art. 110 del CP de Costa Rica. Luego se hacen algunas propuestas particulares para cada ordenamiento jurídico, el español y el costarricense.

---

de en Suiza. En el Código Procesal Penal, en concreto, en los artículos 376 a 378 se prevé un procedimiento independiente de confiscación, donde interviene el Ministerio Público, el órgano jurisdiccional y se siguen las reglas de la acusación. Este texto legal está disponible en italiano en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=270815.
Autores como Mapelli Caffarena creen que en caso de prescripción se debe acudir a una jurisdicción distinta de la penal, pues ésta quedó extinguida definitivamente por el paso del tiempo. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito, op. cit.,* 5° edición, 2011, p. 411.

[16] En la STS N° 547/2011 de 26 mayo, se ordenó la destrucción de unas cajas de botellas de vino etiquetadas como Rioja sin serlo, a pesar de que los imputados fueron absueltos. El TS indicó entonces: *"Tiene razón el recurrente en este motivo,..., debe acordarse la destrucción de las cajas de vino concernidas. Constituiría una infracción legal, y además un contrasentido palmario, el que tras reconocer el fraude de las cajas de vino etiquetadas como de Rioja sin serlo, se permitiera su comercialización con el consiguiente engaño para los consumidores, y con la paradójica consecuencia de facilitar con su posterior comercialización, la finalidad querida por los autores de los delitos declarados."* Lo anterior demuestra que ante el peligro que representan ciertos bienes de cara a la colectividad, el examen de los elementos penales pasa a un segundo plano.

TEXTO LEGAL VIGENTE	PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	
DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS Artículo 127. 1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. 2. En los casos en que la Ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. 3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.	DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Comiso de seguridad y comiso de productos de la infracción. Art. Comiso de seguridad. Cuando se haya realizado un hecho antijurídico doloso, o un hecho antijurídico imprudente cuya pena prevista por la ley sea superior a un año de privación de libertad, podrán ser decomisados los instrumentos con que éste se realizó y los efectos provenientes de la infracción. El comiso se ordenará solo cuando los efectos o los instrumentos, por su naturaleza o circunstancias, sean peligrosos para la comunidad, o exista el peligro de que sean usados para la comisión de otros hechos antijurídicos. El comiso se podrá extender también a los objetos que el autor o el partícipe haya obtenido como sustitución de los efectos o los instrumentos, siempre que lo obtenido sea peligroso en los términos antes señalados. Cuando sea suficiente para alcanzar la finalidad del comiso, el tribunal podrá optar por una medida menos drástica. Podrá no aplicar el comiso, o hacerlo solo en parte. También deberá contemplar la posibilidad de inutilizar los efectos o los instrumentos; o eliminar o alterar algunas de sus características. Art. Comiso del producto Cuando haya sido cometido un hecho antijurídico y el autor o partícipe haya obtenido cualquier beneficio económico para o del hecho, el tribunal ordenará su decomiso. El comiso se podrá extender también a los objetos que el autor o el partícipe haya obtenido como sustitución de lo originalmente obtenido, sea por enajenación, permuta o cualquier otro motivo. Cuando el producto del delito se haya mezclado

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita. 5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán. Artículo 128. Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.	con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán ser objeto de decomiso hasta por el valor estimado del producto entremezclado. El comiso abarcará los beneficios económicos derivados del producto, de los bienes en los que se haya transformado o convertido el producto, o de bienes con los que se haya entremezclado el producto, de la misma manera y en el mismo grado que el producto. Art. Comiso por valor equivalente. En la medida en que el comiso del producto no sea posible porque el autor o partícipe lo haya frustrado de algún modo, o se prescinda de ejecutarlo en un bien sustitutorio, el tribunal ordenará el comiso de bienes del autor o partícipe por un valor equivalente al valor de lo directamente obtenido. De no tener bienes, o tener bienes por un valor que no sea equivalente al producto, se le ordenará pagar una suma de dinero que corresponda al valor parcial o total de lo obtenido, según corresponda. Art. Estimación. Cuando no se pueda comprobar con exactitud lo obtenido, o su valor, o cuando determinarlo suponga dificultades exageradas, el tribunal podrá hacer una estimación prudencial. Art. Principio de proporcionalidad. El tribunal podrá no ordenar el comiso del producto, u ordenarlo solo en parte cuando constituya un perjuicio excesivo para el afectado; cuando el valor de lo obtenido sea escaso, o cuando lo obtenido no esté disponible en el patrimonio del afectado por razones no atribuibles a él. Esta disposición se aplicará también al comiso ampliado. Art. Comiso ampliado. Cuando se haya impuesto una pena por un delito descrito en una ley que remita expresamente a este artículo, el tribunal podrá ordenar el decomiso total o parcial de los bienes del condenado cuyo valor sea desproporcionado con respecto a

	sus ingresos legales, cuando considere razonable, con vista en las circunstancias del caso y la prueba evacuada en el debate, que los bienes de que se trate constituyen el producto obtenido para la comisión, o el producto procedente de actividades delictivas desarrolladas por el condenado con anterioridad a la condena y que son de la misma clase o similares a los hechos que han sido objeto de condena. Art. Efectos del comiso Con el comiso, la propiedad o cualquier otro derecho patrimonial que pese sobre los efectos, los instrumentos o el producto de la infracción, pasará al Estado en el momento en que quede firme la decisión. Si los bienes decomisados son de lícito comercio, se venderán en subasta judicial o se explotarán en los términos que señalen otras leyes y reglamentos. Si no lo son, o son peligrosos, se les dará el destino que también señalen las leyes o los reglamentos, o en su defecto, se destruirán. Únicamente cuando la ley no lo prohíba y el patrimonio del condenado civil sea insuficiente para cubrir sus responsabilidades, los bienes decomisados que son de lícito comercio se venderán en subasta judicial y lo obtenido se aplicará en primer término a la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y/o morales. Art. Derechos de terceros Los derechos del tercero sobre el bien se mantendrán salvo que: 1) Los efectos o los instrumentos, por su naturaleza o circunstancias, sean peligrosos para la comunidad, o exista el peligro de que sean usados para la comisión de otros hechos antijurídicos. 2) En relación con el producto, el autor o partícipe haya actuado a favor del tercero y el tercero haya obtenido un beneficio económico a través de ello. 3) El tercero haya adquirido el producto con conocimiento de las circunstancias que lo hacen decomisable; o de un modo en el que previó o podía prever esas circunstancias. A quienes puedan alegar interés jurídico legítimo

	sobre los efectos, los instrumentos, o los productos, se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos. Art. Indemnización Cuando el comiso o la medida adoptada para eliminar la peligrosidad de los efectos o los instrumentos suprima o afecte el derecho de propiedad o cualquier otro derecho que tenga el tercero sobre esos bienes al momento de la firmeza de la resolución, el Estado deberá indemnizarle, tomando en cuenta el valor de mercado de los efectos o instrumentos. No deberá conceder indemnización alguna cuando el tercero ha sido autor o partícipe de un delito o falta conexo con aquel en relación con el cual se ordena el comiso. Art. Faltas Cuando se haya impuesto pena por una falta, el tribunal podrá ordenar el comiso de los efectos, los instrumentos y el beneficio económico obtenido para o del hecho. Comiso accesorio El comiso se podrá resolver en un procedimiento accesorio a aquel en el que se discute la responsabilidad criminal cuando hacerlo de manera conjunta suponga un atraso excesivo de éste. Comiso autónomo Cuando se desconozca la identidad del autor o partícipe de los hechos; o cuando éste no pueda ser perseguido penalmente por motivo de fallecimiento, fuga, ausencia o inmunidad, el tribunal podrá ordenar el comiso de los efectos, instrumentos, el objeto material y el producto de cualquier delito, atendiendo a los demás presupuestos de la medida previstos en este Código. Esta misma disposición se aplicará cuando, trascurridos seis meses desde que ha sido notificado, el titular de los bienes secuestrados no se ha apersonado al proceso en defensa de sus intereses. A quienes puedan alegar interés jurídico legítimo

	sobre los bienes se les comunicará la posibilidad de apersonarse en el proceso, a fin de que hagan valer sus derechos.
Artículo 301. 1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código. También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI. 2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos. 3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.	Se recomienda eliminar el segundo párrafo del apartado 1.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero. 5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.	Para el apartado 5 se recomienda la siguiente redacción: 5. El tribunal deberá acordar el comiso de los bienes sobre los que recae cualquiera de las conductas descritas en los anteriores apartados. Para esto, se aplicará lo dispuesto en este Código para el comiso del producto. Cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 373 de este Código, se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374, también del Código penal.
Artículo 319. 1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. 2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.	

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. 4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.	Se sugiere eliminar el apartado 3 del art. 319 CP.
Artículo 374. 1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales: Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y pues-	El art. 374 quedaría redactado como sigue: Art. 374. En los delitos previstos en los artículos 368 a 373, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los efectos, los instrumentos y los productos con sujeción a la regulación sobre el comiso de seguridad y el comiso de productos contenida en este Código. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, el tribunal podrá declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores. Los instrumentos, los efectos, los productos y cualquier otro objeto mencionado en el primer párrafo de este artículo que haya sido decomisado por sentencia, no podrá ser aplicado a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales. Serán adjudicados íntegramente al Estado.

tos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente. Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables. 2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos: Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos. Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo. Cuando concurran estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado. El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido. 3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los	

actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores. 4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.	
Artículo 385 bis. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.	El texto sugerido para el art. 385 bis es el siguiente: Artículo 385 bis. El tribunal podrá acordar el comiso del vehículo a motor o ciclomotor empleado para ejecutar los hechos previstos en este Capítulo. Para esto, se aplicará lo dispuesto sobre el comiso de seguridad en este Código.
Artículo 431. En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.	Se recomienda derogar el art. 431.
LO 12/1995, DE 12 DE DICIEMBRE, DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO	
Artículo 5. Comiso. 1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos: Las mercancías que constituyan el objeto del delito. Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos. Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe	El art. 5 quedaría redactado como sigue: Art. 5. Comiso. El tribunal deberá acordar el comiso de los bienes que constituyan el objeto del delito de contrabando previsto en el artículo 2 de esta Ley Orgánica; los instrumentos empleados en su ejecución, los efectos y los productos. En lo que corresponda, serán aplicables las reglas previstas en el Código penal sobre el comiso de seguridad y el comiso del producto. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a de esta Ley Orgá-

de las mercancías objeto del contrabando. Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito. 2. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el comiso de los bienes, efectos o instrumentos señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del delito. 3. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y sean propiedad o hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe. 4. El Juez o Tribunal deberá ampliar el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal. A estos efectos, se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas. 5. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aún cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita. 6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo	nica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.

dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.	
LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTROL DE CAMBIOS	
Artículo Séptimo. 1. 2. Los Tribunales impondrán las penas en su grado máximo cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de Entidades u Organizaciones en las que de su propia naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión de delito. 3. Cuando los actos previstos en el artículo 6 se cometan en el seno de una sociedad o empresa u organización serán también responsables de los delitos las personas físicas que efectivamente ejerzan la dirección y gestión de la entidad y aquéllas por cuenta de quien obren, siempre que tuvieran conocimiento de los hechos. 4. Los Tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales, las especiales circunstancias que en él concurran y específicamente la reparación o disminución de los efectos del delito y la repatriación del capital, podrán imponer las penas inferiores en grado a las señaladas en el apartado 1 de este artículo. 5. La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa delito monetario se reputará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 48 del Código Penal. 6. El Código Penal se aplicará con carácter supletorio.	Para el art. 7, apartado 5, se recomienda la siguiente redacción: Artículo Séptimo. … 5. La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa el delito monetario se considerará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 127 del Código Penal.
LO 13/1985, DE 9 DE DICIEMBRE, DE CÓDIGO PENAL MILITAR	
CAPÍTULO I.	

CLASES Y DURACIÓN DE LAS PENAS. Artículo 24. Las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código son: 1.Principales: Prisión. Pérdida de empleo. Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar. Confinamiento. Destierro. 2.Accesorias: Pérdida de empleo. Suspensión de empleo. Deposición de empleo. Inhabilitación absoluta. Suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo. Suspensión de las actividades de la empresa, incautación o disolución de la misma. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito. CAPÍTULO III. EFECTOS DE LAS PENAS … Artículo 34. Las penas de inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público y derecho de sufragio producirán las consecuencias señaladas en el Código Penal. La pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos. La pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito se llevará a cabo conforme a lo establecido en el Código Penal.	Art. 24.2: La pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito debe ser excluida del listado de penas accesorias. Se recomienda derogar el último párrafo del art. 34. En su lugar, se sugiere introducir un acápite independiente que contenga el siguiente texto: DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Art. Comiso. El comiso de los efectos, instrumentos y el objeto material, así como el comiso de los productos, se regirá por lo dispuesto en el Código Penal.
LEY 209/1964, DE 24 DE DICIEMBRE, PENAL Y PROCESAL DE LA NAVEGACIÓN AÉREA	
Artículo 7. Las medidas de seguridad que, como conse-	Art. 7.4. La incautación debería desaparecer de este artículo que enuncia las medidas de seguridad.

cuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a esta ley son las siguientes: 1. La suspensión del título profesional o aeronáutico. 2. La pérdida del título profesional o aeronáutico. 3. La suspensión de entidades, sociedades o empresas. 4. La incautación, demolición o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materias y elementos que se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un grave peligro para la navegación aérea. Estas medidas se aplicarán con libertad de criterio por el Tribunal.	En su lugar, se recomienda introducir un acápite independiente con el siguiente texto: DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Art. Comiso El comiso de los efectos, instrumentos, el objeto material sobre el que se ejecuta cualquier de las conductas delictivas descritas en esta ley y el producto, se regirá por lo dispuesto en el Código Penal.
CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA	
TÍTULO VII CONSECUENCIAS CIVILES DEL HECHO PUNIBLE SECCION UNICA Qué efectos comprende. Artículo 103. Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso. … Artículo 110. El delito produce la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito salvo el derecho que sobre ellos tengan el ofendido o terceros.	Se recomienda derogar el inciso 3) del art. 103. Se sugiere derogar el art. 110. Simultáneamente, el legislador debería crear una sección independiente de aquellas que están destinadas a regular las consecuencias civiles del hecho punible, las penas y las medidas de seguridad. Esta sección se puede denominar: DE OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

	Bajo este título se recomienda incorporar la regulación que propuse con respecto a los artículos 127 y 128 del Código penal español (véase *supra*).
Artículo 96. El otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad civil ni el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito.	Para el art. 96 CP se recomienda el siguiente texto: Artículo 96. El otorgamiento del indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional o cualquier causa de extinción de la pena no afectan lo resuelto sobre la responsabilidad civil ni el comiso.
LEY N° 8204 DE REFORMA INTEGRAL DE LA LEY SOBRE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, DROGAS DE USO NO AUTORIZADO, ACTIVIDADES CONEXAS, LEGITIMACIÓN DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO	
Artículo 33. Al investigarse un delito de legitimación de capitales o de financiamiento al terrorismo, el Ministerio Público solicitará al tribunal o la autoridad competente, en cualquier momento y sin notificación ni audiencia previas, una orden de secuestro, decomiso o cualquier otra medida cautelar, encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados para el eventual comiso. TÍTULO V Decomiso y Comiso de los Bienes Utilizados como Medio o Provenientes de los Delitos Previstos por esta Ley CAPÍTULO I Decomiso Artículo 83. Todos los bienes muebles e inmuebles, vehículos, instrumentos, equipos, valores, dinero y demás objetos utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, así como los diversos bienes o valores provenientes de tales acciones, serán decomisados preventivamente por la autoridad competente que conozca de la causa; lo mismo procederá respecto de las acciones, los aportes de capital y la hacienda de	Se recomienda suprimir el término *decomiso* del art. 33, pues ya está contemplado el vocablo *secuestro*. Se sugiere sustituir el término *decomiso* por el término *secuestro* en el encabezado del Capítulo I del Título V; en el artículo 83 y en el art. 90. Para el art. 83, se sugiere el siguiente texto: Secuestro Artículo 83. Los efectos, los instrumentos, el objeto material y los productos obtenidos para o del hecho, serán secuestrados por la autoridad competente que conozca de la causa. Los terceros interesados que cumplan los presupuestos del artículo 94 de esta Ley, tendrán

personas jurídicas vinculadas con estos hechos. Los terceros interesados que cumplan los presupuestos del artículo 94 de esta Ley, tendrán tres meses de plazo, a partir de las comunicaciones mencionadas en los artículos 84 y 90 de la presente Ley, para reclamar los bienes y objetos decomisados, plazo en el cual deberán satisfacer los requisitos legales que se exijan, para cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores.	tres meses de plazo, a partir de las comunicaciones mencionadas en los artículos 84 y 90 de la presente Ley, para reclamar los bienes y objetos secuestrados, plazo en el cual deberán satisfacer los requisitos legales que se exijan para cada caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores.
Artículo 90. Si transcurrido un año del decomiso del bien no se puede establecer la identidad del autor o partícipe del hecho o este ha abandonado los bienes de interés económico, los elementos y los medios de transporte utilizados, la autoridad competente ordenará el comiso definitivo de dichos bienes, los cuales pasarán a la orden del Instituto para los fines previstos en esta Ley. Asimismo, cuando transcurran más de tres meses de finalizado o cerrado el proceso penal sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo sobre los bienes de interés económico utilizados en la comisión de los delitos previstos en esta Ley, hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará, y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció de la causa. Para tales efectos, se seguirá lo dispuesto en el artículo 89 de esta Ley.	Para el artículo 90 se sugiere la siguiente redacción: Art. 90. Si transcurrido un año desde el secuestro de los efectos, los instrumentos, el objeto material o los productos obtenidos para o de los hechos, no se ha podido establecer la identidad del autor o partícipe, o si este ha abandonado los bienes de contenido económico, la autoridad competente ordenará su comiso, los cuales pasarán a la orden del Instituto, para los fines previstos en esta Ley. Asimismo, cuando transcurran más de tres meses de dictada la sentencia firme, sin que quienes puedan alegar interés jurídico legítimo, sobre los efectos, instrumentos, el objeto material o los productos hayan hecho gestión alguna para retirarlos, la acción del interesado para interponer cualquier reclamo caducará y el Instituto podrá disponer de los bienes, previa autorización del tribunal que conoció la causa.
Artículo 140. Son funciones de la Unidad de Administración de Bienes Decomisados y Comisados, las siguientes: a) Asegurar la conservación de los bienes de interés económico en decomiso o comiso y velar por ella. b) Mantener un inventario actualizado de los bienes decomisados y comisados.	Se recomienda eliminar la palabra *decomiso*, o bien, la palabra *comiso* del art. 140. Por ser sinónimos, no se requiere citar ambas.
Artículo 142. La Unidad Administrativa tendrá las siguientes funciones:… f) Organizar los servicios de recepción, los servicios secretariales y generales, así como los de choferes, bodegueros, conserjes, encargados de seguridad y vigilancia, y los servicios de almacenamiento de los bienes en decomiso y comiso.	Se recomienda eliminar la palabra *decomiso*, o bien la palabra *comiso* del art. 142 f). Por ser sinónimos, no se requiere citar ambas.
Artículo 87.	El texto sugerido para el artículo 87 es el siguiente:

Si, en sentencia firme, se ordena el comiso a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas de los bienes muebles e inmuebles, así como de los valores o el dinero en efectivo mencionados en los artículos anteriores, el Instituto podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos. Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el Instituto Costarricense sobre Drogas deberá destinar: a) El sesenta por ciento (60%) al cumplimiento de los programas preventivos; de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el IAFA. b) Un treinta por ciento (30%) a los programas represivos. c) Un diez por ciento (10%) al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados.	Art. 87 Además del comiso de los efectos, los instrumentos y los productos de la infracción, el tribunal ordenará el de las drogas, bienes de interés económico o cualesquiera otros objetos sobre los que recaiga la conducta descrita en los delitos previstos en esta ley. Para esto, regirá lo dispuesto en el Código penal y las siguientes reglas: La droga será destruida según lo dispuesto en el artículo 95 y siguientes de esta ley. Los bienes de interés económico serán decomisados a favor del Instituto Costarricense sobre Drogas, que podrá conservarlos para el cumplimiento de sus objetivos, donarlos a entidades de interés público, prioritariamente a organismos cuyo fin sea la prevención o represión de las drogas, o subastarlos. Cuando se trate de dinero en efectivo, valores o el producto de bienes subastados, el Instituto Costarricense sobre Drogas deberá destinar: a) El sesenta por ciento (60%) al cumplimiento de los programas preventivos; de este porcentaje, al menos la mitad será para los programas de prevención del consumo, tratamiento y rehabilitación que desarrolla el IAFA. b) Un treinta por ciento (30%) a los programas represivos. c) Un diez por ciento (10%) al seguimiento y mantenimiento de los bienes comisados.
Artículo 69. Será sancionado con pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años: a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito que, dentro de su rango de penas, puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudarle a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos. b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden,	Los delitos de legitimación de capitales contemplados en los arts. 69, 69 bis y 70 se deben trasladar al Código penal.

directa o indirectamente, de un delito que dentro su rango de penas puede ser sancionado con pena de prisión de cuatro (4) años o más. La pena será de diez (10) a veinte (20) años de prisión, cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores, sustancias químicas esenciales y delitos conexos, conductas tipificadas como terroristas, de acuerdo con la legislación vigente o cuando se tenga como finalidad el financiamiento de actos de terrorismo y de organizaciones terroristas. Artículo 69 bis. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años quien, por cualquier medio y de manera directa o indirecta, recolecte, oculte, provea, promueva, facilite o de cualquiera otra forma coopere con la recolección o la entrega de los fondos, productos financieros, recursos o instrumentos, en el país o en el extranjero, con la intención o el conocimiento de que estos se utilicen o destinen al financiamiento de actos terroristas, aunque estos no lleguen a ejecutarse, o a organizaciones declaradas como terroristas, de acuerdo con el Derecho internacional, o que tengan fines terroristas. El hecho podrá ser juzgado en Costa Rica, sin importar el lugar donde haya sido cometido. Artículo 70. Será sancionado con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años, el propietario, directivo, administrador o empleado de las entidades financieras, el representante o empleado del órgano de supervisión y fiscalización, así como los funcionarios competentes de la Administración Aduanera y el agente aduanero que, por culpa en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los tribunales, haya facilitado la comisión de un delito de legitimación de capitales o un delito de financiamiento al terrorismo.	
LEY N° 8754 CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	
Artículo 22. Sanciones La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investi-	Se recomienda derogar el artículo 22.

gación. Para los efectos de la fijación impositiva, resulta irrelevante la causa ilícita del patrimonio o del incremento emergente. El fallo será ejecutado a la brevedad por el juzgado de primera instancia; para ello, podrá disponer la presentación de bienes, su secuestro, su traspaso registral y la disposición de toda clase de productos financieros. Estos bienes se entregarán al ICD, a fin de que proceda conforme a lo dispuesto por esta Ley.	
INCAUTACIÓN Y COMISO DE BIENES ARTÍCULO 25.- Decomiso Todos los bienes muebles, los inmuebles, el dinero, los instrumentos, los equipos, los valores y los productos financieros utilizados o provenientes de la comisión de los delitos previstos por esta Ley, serán decomisados preventivamente por la autoridad competente que conozca de la causa de la causa; lo mismo procederá respecto de los productos financieros de las personas jurídicas vinculadas a estos hechos.	Para reemplazar el texto legal transcrito en la columna de la izquierda, se sugiere el siguiente: SECUESTRO Artículo 25. Secuestro Los instrumentos, los efectos y los productos obtenidos para y de los delitos previstos por esta Ley, serán secuestrados por la autoridad competente que conozca de la causa.

1. En el pasado el Derecho penal centró su atención en la pena impuesta a la persona del autor o partícipe y restó importancia a las consecuencias patrimoniales que se pudiesen derivar de la comisión del delito. El Estado no tenía interés en atacar el patrimonio criminal salvo que fuese indispensable para asegurar la buena marcha del proceso (asegurando las pruebas, por ejemplo), o para garantizar la seguridad de las personas (disponiendo el comiso de efectos e instrumentos intrínsecamente peligrosos).

2. La aparición y fuerza expansiva de la criminalidad organizada, sobre todo la que se articuló en torno al narcotráfico, provocó que alrededor de la década de los 90 la política criminal, tanto a nivel supranacional como nacional, dejara de estar centrada única o primordialmente en el castigo de los delitos. La recuperación del patrimonio criminal se ha convertido en una herramienta básica que tiene lugar a lo largo de todo el proceso penal, a través de la búsqueda de los bienes, su aseguramiento y su posterior comiso. Junto al comiso de los efectos e instrumentos de la infracción y de las dádivas y presentes en el cohecho, lo que ha sido característico en prácticamente todos los Códigos Penales españoles, el legislador incorporó el comiso de las ganancias, primero de las provenientes de los delitos relacionados con el tráfico de drogas (LO 1/1988 de 24 de marzo) y luego de las ganancias provenientes de cualquier infracción (LO 10/1995 de 23 de noviembre). De esta forma el comiso de ganancias se convirtió en una regla de aplicación general. Asimismo, con el propósito de que el comiso fuese una herramienta más flexible, aplicable a todos los bienes que de una u otra manera estaban relacionados con la infracción, el legislador le retiró la etiqueta de *pena* y lo convirtió en una *consecuencia accesoria*.

3. El legislador español ha excedido con creces las exigencias contempladas en los instrumentos supranacionales en materia de comiso. Aunque esto no supone un irrespeto de los compromisos adquiridos por el Estado, ya que esos instrumentos lo que establecen son mínimos, pone de manifiesto la tendencia a expandir el ámbito de aplicación del Derecho penal, incluso a costa de los derechos y garantías consagrados en la CE. P. ej., en el art. 127.3 CP se incorporó el comiso de bienes por un valor equivalente al valor de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción y no solo al valor de las ganancias. Esto mismo sucede en el párrafo 2 del art. 127.1 CP, pues el comiso ampliado comprende tanto las ganancias como los efectos e instrumentos. Además, en ese párrafo se prescindió del *juicio de certeza* acerca del origen delictivo de los bienes que, según el art. 3.2.c. de la DM 2005/212/JAI de 24 de febrero, debe acompañar la desproporción entre el valor del patrimonio del condenado y sus ingresos legales. Tampoco se incorporaron las hipótesis previstas en el art. 3.2 a y b de la DM mencionada *supra*, que exigen al órgano jurisdiccional un *grado de certeza* en cuanto al origen del patrimonio a decomisar. Finalmente y siempre a manera de ejemplo, los conceptos de organización y grupo criminal o terrorista contenidos en los arts. 570 bis, 570 ter y 571 CP, conceptos elementales para determinar la procedencia del comiso ampliado,

son mucho más extensos que los planteados en la normativa supranacional (v.g., en las DM 2008/841/JAI, de 24 de octubre y la DM 2002/475/JAI, de 13 de junio).

4. En el art. 127 CP el legislador español incluyó los vocablos *bienes y medios*, así como el comiso de los bienes empleados en la *preparación* de la infracción. Los primeros dos términos son innecesarios, pues la palabra *instrumentos* los comprende. Con lo segundo no añadió nada nuevo, pues para que proceda el comiso siempre será necesario que los bienes hayan sido empleados en la comisión de *actos ejecutivos* que como mínimo, configuren un delito en grado de tentativa, o un acto preparatorio punible.

5. El hecho de que el tipo penal describa un bien, o determine la relación que debe tener ese bien con la infracción, o el hecho de que un bien sea el objeto sobre el que recae la conducta típica no excluye *per se* su condición de instrumento, efecto o ganancia, sino que esta condición deberá determinarse casuísticamente. En cualquier caso, si se estima necesario contemplar como regla general el comiso de los objetos sobre los que recae la conducta típica, lo que corresponde es reformar el art. 127 CP. Otra opción es ampliar el elenco de tipos penales de la Parte Especial que prevén el comiso de los objetos sobre los que recae la acción típica, cuando no tienen simultáneamente la condición de instrumentos, efectos o ganancias.

6. El art. 127 CP contempla el comiso de las ganancias que *proceden* de la infracción y no el de las obtenidas *por* cometer el hecho. Ante este vacío legal, que no se puede colmar por vía interpretativa, lo deseable es que de *lege ferenda* se introduzca el comiso de lo pagado por el hecho.

7. Las ganancias secundarias o indirectas no están sometidas a comiso, pues ni *provienen* de la infracción ni *ocupan* el lugar de las directas. Es recomendable comprenderlas en el art. 127 CP, con límites claro está, para evitar el comiso de ganancias *ad infinitum*.

8. Para definir la naturaleza jurídica del comiso es indispensable reconocer su autonomía frente a las medidas previstas en el art. 129 CP. No menos importante es saber que el art. 127 CP contiene diferentes clases de comiso, cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diversa.

9. El fundamento del comiso de los efectos e instrumentos se encuentra en la peligrosidad del bien. Esa peligrosidad debe ser evaluada desde dos vertientes. La primera, objetiva. El bien es peligroso intrínsecamente con independencia de quién sea su titular, o quien pueda tener acceso a él. En estos casos el comiso debería imponerse sin tomar en cuenta otros extremos (p. ej., la imposición de una pena no debería ser requisito para imponer este comiso, bastando con una conducta típica y antijurídica, tal y como sucede en los ordenamientos suizo, alemán y portugués), o los derechos que terceros puedan invocar sobre los bienes (otra situación es que corresponda conce-

der a esos terceros alguna indemnización). La segunda vertiente es la subjetiva. Ésta impone examinar la relación que se da entre el bien y un determinado sujeto (p. ej., su titular, que puede ser el autor o partícipe de la infracción o un tercero), para decidir sobre el peligro de que el bien pueda ser empleado en la preparación o comisión de nuevas infracciones, tarea que debe realizarse cuidadosamente, para no caer en el despropósito de decomisar bienes intrascendentes, quizá también de uso habitual o fácilmente sustituibles, por el hecho de que en manos de una persona concreta se convierten en peligrosos.

10. La finalidad del comiso de efectos e instrumentos en el plano del *deber ser* radica en la prevención del peligro que representan esos bienes y su eventual empleo en la comisión de futuras infracciones. Aunque se trata de un propósito preventivo, no se debe confundir con los fines preventivos que se asocian a las penas o a las medidas de seguridad, pues en tanto que en el comiso la prevención gira en torno al objeto peligroso, tratándose de las otras consecuencias jurídicas, se vincula con el autor o partícipe de la conducta, con el propósito de cambiar su voluntad.

11. La producción de un enriquecimiento patrimonial que se considera irregular por provenir de un delito o falta, o como mínimo de un injusto penal, es el fundamento del comiso de ganancias. Su finalidad es acabar con ese enriquecimiento. El hecho de que las ganancias no sean peligrosas intrínsecamente no excluye que de manera *accesoria o secundaria* su comiso pueda tener efectos preventivos, entiéndase de prevención general, dándole el mensaje a la sociedad de que el crimen no paga y de prevención especial, pues además de enviar ese mismo mensaje al condenado (si es que lo hay), se logra evitar que las ganancias sean empleadas para cometer nuevas infracciones, propósitos que adquieren mayor importancia de cara a la criminalidad organizada. Son efectos que se pueden dar o no en el caso concreto; que no condicionan la aplicación del comiso y que no se corresponden con los fines de las penas, pues en el plano del *deber ser* el comiso de ganancias no busca sancionar al condenado por haber cometido un delito (puede que éste ni siquiera se configure), o resocializarlo. No hace falta siquiera que el autor o partícipe sea el titular de las ganancias.

12. El comiso de efectos e instrumentos no es una medida de Derecho administrativo y el comiso de ganancias no es una medida de Derecho civil. Ambas son medidas de Derecho público y ambas tienen carácter penal. Desde el plano *del deber ser*, la primera es una medida de naturaleza preventiva y la segunda condictiva que no poseen carácter sancionatorio. Pese a esto, de ambas se puede predicar su naturaleza penal. Como surgen del poder de imperio del Estado su imposición está cubierta por las garantías que se vinculan a cualquier otra consecuencia jurídica que se resuelve en el ámbito del Derecho público (v.g., legalidad, proporcionalidad). De *lege lata* son verdaderas sanciones articuladas en el ámbito penal y en ese tanto les son aplicables (o

deberían serlo), los principios que se asocian a éstas, lo que no está exento de problemas.

13. El principio de legalidad, al que está sometido el comiso, se vulneraría si se hace una interpretación extensiva del vocablo *ganancias* contenido en el art. 127 CP y se renuncia a la deducción de los gastos en los el autor o partícipe ha incurrido para obtenerlas. Aunado a esto, en el plano del *deber ser* el comiso de ganancias no tiene un propósito sancionador. Por esto, las ganancias que se deben decomisar son las netas y no las brutas.

14. Para lograr que la legislación interna esté en sintonía con la normativa supranacional y evitar interpretaciones extensivas, de *lege ferenda* se debe sustituir el término *ganancias* por el término *producto*, dotando a esta última palabra del contenido indicado en el Convenio N° 141 del Consejo de Europa y la DM 2005/212/JAI, entiéndase, como sinónimo de *beneficio económico*.

15. La delincuencia organizada tiene como razón de ser la obtención de beneficios económicos. Por eso no es de extrañar que sus actividades, complejas comúnmente, generen masas patrimoniales de enorme valor, que si bien se pueden vincular con la organización delictiva, difícilmente se logran relacionar con las personas físicas que son sometidas a proceso, o con los concretos hechos que están siendo discutidos. Ante este panorama, no basta con admitir un grado de distancia entre los bienes a decomisar y la infracción, como sucede con el comiso por valor equivalente y el comiso subrogatorio, sino que se requiere una figura como el comiso ampliado, que permita una mayor desvinculación entre el hecho concreto y el bien sobre el que recae el comiso. Dicho esto, hay que indicar también que el legislador español cometió errores importantes al incorporar este comiso en el art. 127 CP.

16. En el art. 127.1 párrafo 2 CP se incluyó una presunción legal. En esta clase de presunciones no es el órgano jurisdiccional quien establece el vínculo entre el indicio o hecho base (la desproporción entre patrimonio e ingresos del condenado) y el hecho presunto (a saber, que los bienes constituyen efectos, instrumentos o ganancias de delitos provenientes de actividades delictivas cometidas en el marco de organizaciones o grupos criminales o terroristas, o de un delito de terrorismo), sino es la ley quien *ex ante* establece ese vínculo. Como el nexo lógico se presume, no es indispensable que el juzgador llegue a la convicción (entiéndase, a un juicio de certeza) sobre ese extremo, como sí sucede con las presunciones judiciales y por tanto, si el imputado no puede articular prueba para *demostrar plenamente* que el origen de los bienes es legítimo, el órgano jurisdiccional debe considerar cierto (y no probable) la concurrencia del hecho presunto, aun y cuando no haya podido formar su convicción en ese sentido. Esta es la esencia de la presunción legal: es la ley la que convierte en certeza lo que en principio es solo un juicio de probabilidad cualificada.

17. La presunción legal contenida en el art. 127.1 párrafo 2 CP es contraria a la presunción de inocencia, pues aunque la acusación sigue teniendo sobre sus hombros la obligación de demostrar el hecho base, al tener como cierto el nexo entre el hecho base y el hecho presunto, se desplaza al imputado la carga de demostrar la no concurrencia de ese vínculo, o la del hecho presunto.

18. La presunción legal es incompatible con la búsqueda de la *certeza* como único fundamento legítimo de una declaración de culpabilidad, pues por un lado, por sí misma solo permite arribar a un juicio de probabilidad cualificada y por otro, porque cierra la puerta al juez para que valore la prueba conforme con las reglas de la sana crítica. En su lugar, le vincula al iter lógico seguido por el legislador, lo que es claramente un despropósito, pues puede suceder que a pesar de la concurrencia del indicio, el órgano jurisdiccional no alcance un grado de verosimilitud tan elevado que deje sin dudas a cualquier hombre razonable. El problema se agrava si se considera que la disposición tiene carácter preceptivo. Lo deseable por tanto, es que el juzgador se pueda negar a aplicar la presunción, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, v.g., en la legislación británica.

19. El comiso ampliado afecta el derecho a declarar contra sí mismo pues no es la actividad mediante la que demuestra el origen de ciertos bienes lo que permite extraer el origen ilícito de otros, sino directamente el hecho de no acreditar el origen de los segundos. Si fuese una presunción judicial, el silencio del imputado, o la versión que rinda sobre los hechos no exime a la acusación de la tarea de demostrar la concurrencia de los indicios y el nexo entre estos y el hecho presunto, sin embargo, tratándose de una presunción legal, la no articulación de prueba en contrario por parte del condenado es sinónimo de concurrencia del hecho presunto.

20. El art. 127.1 párrafo 2 CP vulnera el principio acusatorio pues se presume la comisión de múltiples hechos punibles que no han sido ni serán concretados en los mismos términos que el hecho que motivó la condena, de ahí que el acusado difícilmente podrá defenderse. Ante este problema de difícil solución, debería exigirse que esas actividades delictivas sean como mínimo, de la misma clase o similares a los hechos enjuiciados. Además, solamente así el órgano jurisdiccional estará en condiciones de alcanzar un juicio de certeza sobre el origen de los bienes (al que también aspiro, de *lege ferenda*).

21. El presupuesto del comiso ampliado es la condena por cualquiera de los delitos previstos en los arts. 570 bis; 570 ter; 571 y 572 a 580 CP. Es irrelevante si además se configura otro tipo penal que contemple el fenómeno de la delincuencia organizada (p. ej., un tráfico de drogas realizado por quienes pertenecen a una organización delictiva, art. 369 bis), o cualquier otro delito en el que no se prevea esa circunstancia. Para evitar interpretaciones extensivas, alejadas de lo antes expuesto, es necesario derogar las cualificaciones que contienen los tipos penales en relación con las organizaciones y los grupos

criminales, así como el tipo penal de asociación ilícita previsto en el art. 515.1 CP. Esto también supondrá una mejora en el Código Penal, pues al derogar preceptos que contemplan un mismo hecho -y en consecuencia, son innecesarios-, se abre la puerta al concurso de delitos.

22. Los tipos penales de organización criminal (art. 570 bis) y grupo criminal (art. 570 ter) no están exentos de problemas. En el primero, se articula una definición de organización criminal sumamente extensa, p. ej., no se exige que la organización busque un beneficio económico o material, lo que hubiese sido útil para evitar que este nuevo tipo penal de peligro abstracto y mera actividad, creado para combatir un fenómeno complejo, se aplique a situaciones que no tienen tanta relevancia en términos criminológicos. El segundo, por su parte, en ciertas hipótesis fácticas se puede confundir con la conspiración para delinquir, pues los límites entre ambas figuras son difusos. Ante este panorama, el empleo del comiso ampliado también puede ser cuestionable, ya que por los problemas de técnica legislativa que tienen los tipos penales que constituyen su presupuesto, se puede llegar a aplicar en relación con hechos que no son tan graves. Por su vínculo con lo expuesto en los art. 570 bis y 570 ter CP, estas críticas también permean el tipo penal de organización o grupo terrorista (art. 571 CP).

23. Para acabar con buena parte de los problemas que contiene el comiso ampliado en la legislación española, es necesario reservar esta figura jurídica a las ganancias; la presunción legal debe suprimirse y la desproporción entre patrimonio e ingresos legales debe considerarse un indicio más a valorar por el juzgador, como sucede en cualquier otra presunción judicial. A lo sumo, se puede entender como un límite a lo que es decomisable, de manera que aquello que no pueda considerarse desproporcional no pueda ser alcanzado con el comiso ampliado. Asimismo, este comiso debe dejar de ser preceptivo. Se debe autorizar el comiso ampliado parcial, o el no decreto del mismo bajo ciertas circunstancias. Siempre en este orden de ideas, la actividad criminal que no ha sido acusada ni demostrada, debe ser de la misma naturaleza o similar que la sometida a proceso. Si esta reforma no se produce, como mínimo habrá que entender que el legislador, en el art. 127.1 párrafo 2 CP, lo que desea es subrayar la posibilidad que tiene el juzgador de acudir a la prueba por indicios para concluir que el patrimonio del condenado tiene un origen ilícito. Posición absurda, pues supone atribuir a un texto legal un significado que no tiene. Finalmente, con el propósito de que el comiso ampliado también pueda aplicarse a otros fenómenos criminológicos graves que no necesariamente se dan en el contexto de una organización criminal, lo recomendable será emplear un sistema análogo al del Código Penal alemán, de manera que el comiso ampliado se regule en términos generales (p. ej., en el art. 127.1 párrafo 2 CP) y sea en cada tipo penal (v.g., organizaciones criminales; terrorismo o cohecho) donde se haga una remisión expresa a esa norma.

24. Es necesario no menospreciar el párrafo 1 del art. 127.1 CP como instrumento para decomisar las ganancias obtenidas con la comisión de actividades crimi-

nales desplegadas a lo largo del tiempo, que son precisamente a las que se suelen dedicar las organizaciones criminales. Bastará con que se impute la comisión de un conjunto de delitos ocurridos en un lapso particular para proceder al comiso de los bienes generados en ese período, evitándose así la rebaja de las exigencias probatorias, en la que se pierde por completo el interés por imputar y demostrar esas actividades.

25. El legislador acertó al desvincular el comiso de la pena, sin embargo la técnica legislativa empleada no fue la idónea. En primer término, porque el presupuesto que incorporó (la situación patrimonial ilícita), no tiene un contenido preciso. Asimismo, porque para el comiso de efectos e instrumentos es intrascendente la *situación patrimonial ilícita*, que entiendo se relaciona con las *ganancias provenientes de la infracción*. Ante este panorama, es evidente que el art. 127.4 CP debe reformarse. La imposición del comiso de efectos e instrumentos se debe supeditar a la peligrosidad del bien (sea intrínseca, sea en relación con alguien) y admitirse en los casos en que solo se configure un injusto penal. El comiso de las ganancias también debería decretarse cuando se configure una acción típica y antijurídica y se demuestre un enriquecimiento injusto procedente de esa conducta. De *lege lata* y con el propósito de evitar arbitrariedades, la frase *situación patrimonial ilícita* deberá entenderse como sinónimo de injusto penal.

26. El comiso supone la privación o pérdida del derecho patrimonial que tiene el titular sobre un objeto que ha sido catalogado como efecto, instrumento o ganancia de una infracción y no solo la pérdida de un derecho real, o específicamente de un derecho real de propiedad. Las consecuencias de la trasmisión del derecho dependen de si la adquisición que opera a favor del Estado es o no derivativa. Tratándose de los efectos e instrumentos, la adquisición es derivativa, pues para hacer suyo el derecho, la otra persona, sea física o jurídica, debe experimentar su pérdida. Y como la adquisición derivativa parte del principio básico de que nadie puede dar más de lo que tiene, el Estado al disponer el comiso debe respetar los límites del derecho que disfrutaba el anterior titular, si es que existía ese derecho (lo común es que tenga derechos quien ha adquirido el bien conforme con las reglas del ordenamiento jurídico, aunque con posterioridad ese bien sea considerado efecto o instrumento de una infracción). En lo relacionado con las ganancias la situación es otra, toda vez que la infracción no es un modo de adquirir la propiedad (u otro derecho) que el ordenamiento jurídico reconozca. Por lo anterior, a pesar de las apariencias de titularidad que puedan presentarse, la adquisición que efectúa el Estado no lesiona los derechos del autor o partícipe de la infracción, o p. ej., del tercero en nombre de quien éste actúa.

27. El art. 127 CP solo contempla la situación del tercero propietario del bien que es catalogado como efecto, instrumento o ganancia de la infracción, no así la de aquel que tiene sobre dicho bien un derecho distinto al derecho real de propiedad. Se trata de un vacío legal difícil de colmar a través de la interpre-

tación, de allí que también en cuanto a este extremo sea necesaria una modificación legislativa.

28. De *lege lata* el comiso de bienes de terceros se convirtió en la regla, cuya excepción se supedita a la concurrencia simultánea de tres factores cuyo contenido es impreciso, e incluso incomprensible de cara al comiso (buena fe, no responsabilidad en el delito y adquisición legal del bien).

29. La legislación española contempla un comiso de efectos e instrumentos de carácter punitivo (pues la peligrosidad del bien no es un elemento a considerar según el art. 127 CP). *Partiendo de esta base normativa, que desde mi óptica se debe modificar,* lo mínimo a lo que podemos aspirar es que este comiso proceda excepcionalmente sobre bienes de terceros, en concreto cuando ese tercero sin ser partícipe en el hecho, ha tenido una conducta reprobable, sea porque de manera dolosa o imprudente ha contribuido a que el bien haya sido instrumento o efecto de la infracción, o porque lo ha obtenido en condiciones en las que conocía, previó o podía prever las particularidades que daban lugar al comiso (sin perjuicio de que esos comportamientos también encuadren en otros tipos penales). Con esta interpretación se pretende atemperar los alcances de un comiso que reitero, no debe existir, pues si lo que se desea es sancionar al tercero por haber facilitado la ejecución del hecho, proporcionando p. ej., el instrumento comisivo, el comiso no es la vía, ya que esta figura jurídica no es una sanción.

30. El comiso de efectos e instrumentos solo debe proceder cuando estos son peligrosos; sea de manera intrínseca o porque su titular no pueda garantizar que el bien no vuelva a ser empleado en la comisión o preparación de una infracción. La procedencia de este comiso carece de polémica, pues cualquier derecho que se invoque sobre el bien (p. ej., el de propiedad), cederá ante la necesidad de garantizar la seguridad colectiva. Ahora, esto no excluye el deber de indemnizar al titular cuando es un tercero, bajo ciertas circunstancias.

31. El comiso de las ganancias de la infracción también debería perjudicar al tercero titular de forma excepcional, p. ej., cuando el autor o partícipe actuó para favorecer al tercero, o cuando el tercero adquirió el bien con conocimiento de las circunstancias que lo hacen decomisable (hablo de dolo, sea directo o eventual), o con imprudencia, pues el tercero se representó o podía representarse esas circunstancias. Si el tercero no actúa como mínimo con imprudencia, el comiso no será procedente, lo que no significa que ese tercero pueda conservar las ganancias, ya que allí sería aplicable la figura prevista en el art. 122 CP.

32. El comiso subrogatorio de los efectos e instrumentos debe supeditarse a la peligrosidad del objeto que ocupa el lugar del efecto, el instrumento o el objeto material. Si sigue siendo peligroso (como lo era el bien directamente relacionado con la infracción), su comiso será procedente. Tratándose de las ganancias la situación es otra, pues por el carácter fungible del dinero; así

como por el fundamento y orientación teleológica de su comiso, el comiso subrogatorio se debe admitir siempre, para suprimir la ventaja patrimonial asociada con la infracción. Ahora bien, ese comiso subrogatorio de las ganancias debe limitarse, para evitar un comiso *ad infinitum*, como se verá en la próxima conclusión.

33. La expresión *cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar* contenida en el art. 127 CP no es la más adecuada, porque comprende todas las transformaciones en cadena sea cual sea la manera en que se realicen y porque excluye los aprovechamientos. De *lege ferenda* es necesario imponer límites, p. ej., reservando la aplicación de la norma a dos supuestos de ventajas indirectas, a saber, el de los *aprovechamientos* y el de los objetos que han sustituido a los inicialmente decomisables, como sucede v.g., en el ordenamiento jurídico alemán. También puede regularse los supuestos en los que el producto del delito se ha mezclado con bienes adquiridos lícitamente, para que el comiso se limite únicamente a esa parte.

34. En relación con el comiso por valor equivalente es un error del legislador el autorizar su aplicación ante *cualquier circunstancia* en la que no se pueda decomisar el bien directamente asociado con la infracción, o en otras palabras, restando importancia a los motivos por los cuales se frustra el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias del hecho (p. ej., puede ser que la desaparición del bien sea fortuita). Lo indispensable por consiguiente, es restringir la imposición de este comiso a ciertas hipótesis, v.g., cuando el bien directamente relacionado con la infracción no puede ser decomisado por un comportamiento voluntario del sujeto que disponía de él.

35. El comiso por valor equivalente desnaturaliza el comiso de efectos e instrumentos, pues si el fundamento de esta figura radica en la peligrosidad de los bienes, en caso de pérdida o destrucción no hay razón para sustituirlos con otros bienes que no son peligrosos. Otra cosa es que se desee sancionar al individuo que haga desaparecer aquellos bienes, caso en el cual el comiso no será la medida adecuada para alcanzar ese propósito. Con respecto a las ganancias la situación cambia. Como la razón de su comiso se vincula con la valía económica de los bienes provenientes de la infracción, no hay ningún impedimento para que los órganos jurisdiccionales competentes eviten ese enriquecimiento ilícito a través del comiso de otros bienes del condenado cuando no se pueden decomisar directamente las ganancias. Sin embargo, al igual que sucede con el comiso de efectos e instrumentos, se debe restringir su aplicación a los casos en los que el comiso se ha frustrado por motivos que son imputables al responsable criminal.

36. De *lege ferenda* y solo para las ganancias, se puede incorporar una figura de carácter obligacional, aplicable en aquellos casos en los que se demuestra que el comiso de bienes vinculados directamente con la infracción, o de otros con igual valor, no es posible. En estos casos, el autor o partícipe ad-

quiere una obligación por una suma de dinero que corresponda al valor de esos bienes.

37. Se requiere incorporar una norma que permita al juzgador hacer una estimación prudencial de los bienes, para no hacer del comiso por valor equivalente una medida de imposible aplicación (pues no siempre se puede determinar el valor exacto del bien, o solo puede serlo con costos excesivos).

38. En relación con los bienes que se pueden someter a comiso en caso de infracciones imprudentes, aunque el art. 127.2 CP prevé el de los instrumentos con que se haya *preparado* o ejecutado el hecho, entiendo que no se podrán decomisar los instrumentos empleados en la *preparación*, ya que esta palabra está asociada a la intencionalidad que solo se puede predicar con respecto a los hechos dolosos. Por tanto, se debe suprimir ese término del art. 127.2 CP.

39. La *inutilización* de los bienes de ilícito comercio que contempla el art. 127.5 CP abarca la simple manipulación de los bienes, especialmente aquellos que en principio se consideran peligrosos, de manera que no siempre es indispensable su completa destrucción. Esta opción, que se plantea como el último destino que se debe dar a los bienes decomisados de ilícito comercio, debería incorporarse al texto legal como una alternativa al comiso mismo. P. ej., no ordenar el comiso del bien peligroso cuando esa peligrosidad se puede acabar a través de una sencilla modificación de sus características. También se debe incluir la opción de que el bien decomisado sea sometido a explotación, de forma que se obtenga su mayor rentabilidad. Finalmente, se debe contemplar expresamente la adjudicación a favor del Estado de los bienes decomisados, o mejor dicho, de los derechos que pesan sobre ellos.

40. En el art. 128 CP no se contempla la peligrosidad de los efectos e instrumentos. De *lege ferenda* se debe autorizar al órgano jurisdiccional para que no imponga el comiso cuando los bienes no son peligrosos, excluyendo así, p. ej., los bienes que se pueden adquirir fácilmente en el comercio, y para que no prescinda de él cuando, a pesar de la desproporcionalidad entre el valor del bien y la naturaleza o gravedad de la infracción, no se ha neutralizado el peligro que supone ese bien. Igualmente se pueden incorporar al texto legal algunas medidas de incalculable valor en lo que a la aplicación del principio de proporcionalidad se refiere, v.g., la opción de inutilizar la cosa, modificarla, o disponer de ella en determinada forma. Por último no se debe hacer depender la aplicación de este principio de la satisfacción de la responsabilidad civil, pues se trata de figuras jurídicas independientes.

41. El principio de proporcionalidad contemplado en el art. 128 CP debe aplicarse también a las ganancias, sobre todo porque este comiso es una medida de Derecho público que como tal debe estar sometida a los principios que limitan el poder de imperio del Estado. Por la misma razón, hay que entender que el art. 128 CP rige tanto para el comiso contemplado en el art. 127 CP,

como para los regulados en algunas normas contenidas en la Parte Especial del Código Penal y en otros cuerpos legales.

42. El comiso de *lege lata* tiene carácter sancionatorio y por tanto, debería respetar el principio de culpabilidad. Sin embargo, la aplicación de este principio nos lleva a concluir que solo se puede imponer la medida tras el dictado de una condena y únicamente sobre bienes del condenado. Para evitar esto, es necesario reformar el art. 127 CP y eliminar los componentes punitivos que contiene el comiso (p. ej., hay que introducir como elemento de valoración la peligrosidad de los efectos e instrumentos y excluir el comiso por valor equivalente en relación con estos).

43. La presunción de inocencia no se agota en la prueba de los elementos del delito, sino que alcanza la prueba de los presupuestos que autorizan cualquier intervención estatal restrictiva de derechos de naturaleza sancionatoria, como lo es de *lege lata* el comiso. Por lo expuesto, se debe demostrar con un grado de certeza la concurrencia de los presupuestos establecidos por la ley para su imposición.

44. Como medida de carácter penal que supone una restricción de derechos (p. ej., del derecho a la propiedad sobre los instrumentos de la infracción), el comiso está sometido al principio de legalidad, en su dimensión técnica. Además de la ley previa, escrita y estricta, se impone su interpretación restrictiva y se prohíbe la aplicación retroactiva, v.g., la de leyes que extiendan el ámbito de aplicación de esta figura jurídica, como sucede con el comiso ampliado en relación con los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio.

45. Según el art. 25.1 CE, la sanción es una consecuencia vinculada a la existencia de un delito, una falta o una infracción administrativa. Ahora, según el art. 127.4 CP, el comiso, que de *lege lata* tiene carácter punitivo, se puede imponer a pesar de que no haya pena alguna. Dicho en otras palabras, estamos ante una sanción que no tiene como presupuesto alguno de los ya mencionados (delito, falta o infracción administrativa), sino solo una *situación patrimonial ilícita*. Para evitar el quebranto al principio de legalidad que se deriva de esta situación, es indispensable suprimir los rasgos sancionatorios del comiso, al menos para el supuesto específico contenido en el art. 127.4 CP.

46. Aunque hay acuerdo en que es indispensable dar audiencia al titular del bien cuyo comiso se reclama para que pueda argumentar que entre el bien y el hecho no hay conexión, se echa en falta un procedimiento que regule su participación.

47. Desde mi óptica el comiso del vehículo a motor o ciclomotor en delitos contra la seguridad vial estaba autorizado por el art. 127 CP. No obstante, teniendo en cuenta que un importante sector doctrinario piensa de otra manera, la inclusión del artículo 385 bis CP es afortunada.

48. El art. 385 bis CP presenta el mismo defecto que el art. 127 CP: no toma en cuenta la peligrosidad del instrumento a decomisar. Si el vehículo no es peligroso intrínsecamente (que salvo profundas modificaciones no lo es) y no hay peligro de que vuelva a ser empleado en la comisión de infracciones (peligrosidad en relación con alguien, p. ej., su titular), su comiso no tiene razón de ser. Situación distinta es que el bien sea de utilidad para satisfacer otras responsabilidades del condenado, p. ej., las civiles, pero en esto el comiso no debe jugar ningún papel.

49. En materia de tráfico de drogas (art. 374 CP), el legislador acertó al prever expresamente el comiso de algunos objetos sobre los que puede recaer la conducta típica, pues no siempre pueden categorizarse simultáneamente como instrumentos, efectos o ganancias y en ese tanto, su comiso no estaría avalado por el art. 127 CP. No obstante esto, la norma contiene algunos problemas, p. ej., incluye disposiciones de naturaleza claramente procesal o administrativa que se relacionan con actos distintos al comiso; contiene una confusa regulación del comiso por valor equivalente y tampoco valora la peligrosidad de los instrumentos y efectos. En relación con el art. 374 CP, de *lege ferenda*, hay dos caminos: El primero, eliminarlo en caso de que el legislador incorpore al art. 127 CP (es decir, como una regla general) el comiso del objeto material de la infracción. El segundo, en caso de que lo anterior no suceda, conservar la norma. Eso sí, prescindiendo de todas las reglas que no tienen relación con el comiso, o de las que a pesar de tener ese vínculo, son innecesarias pues están contempladas en términos idénticos en la regulación general, p. ej., las del comiso por valor equivalente. Finalmente, por una cuestión de orden, se puede prescindir de la referencia al delito de blanqueo de capitales. Será en el art. 301 CP donde se regule el comiso de su objeto material. Como se extrae de la propuesta que precede estas conclusiones (vid. Cap. VII., apartado II), ésta es la opción que he elegido.

50. Tratándose del comiso relacionado con el delito de blanqueo de capitales, es necesario distinguir dos hipótesis fácticas. La primera, cuando los bienes proceden de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 CP. La segunda, cuando los bienes proceden de otros delitos. En la primera, solo una interpretación cuestionable del término *bien* contenido en el art. 374.1 CP, avalaría el comiso del objeto material de la infracción que no sea simultáneamente un efecto, un instrumento o una ganancia de la misma. En la segunda, por ser aplicable el art. 127 CP, se concluye con mayor facilidad que el objeto material de la infracción que no es simultáneamente efecto, instrumento o ganancia no puede ser decomisado. Por tanto, *de lege ferenda* es necesario incorporar expresamente el comiso del objeto material del blanqueo. Al igual que lo indiqué para los delitos relacionados con el narcotráfico, tenemos dos vías: incorporar el comiso del objeto material como regla general (entiéndase, en el art. 127 CP), o incorporarlo en el tipo penal del blanqueo de capitales, posición por la que me decanto.

51. La remisión al art. 127 CP contenida en el art. 301.5 CP es innecesaria, pues el art. 127 CP es de aplicación en cualquier caso que no esté sometido a un régimen especial. Igual sucede con la previsión de un comiso preceptivo de las ganancias en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.3 CP), ya que el art. 127 CP también prevé el comiso de las ganancias con carácter preceptivo.

52. A diferencia de lo que sucede con las hipótesis antes descritas, en el cohecho y tráfico de influencias (artículo 431 CP), ordenar el comiso de las dádivas, presentes o regalos es indispensable, pues el art. 127 CP contempla el comiso de las ganancias *provenientes* de la infracción y no el de las conseguidas *por cometer el hecho*. Ahora bien, si se incorpora en el art. 127 CP el comiso de esta clase de ganancias (como lo recomiendo de *lege ferenda*), se puede prescindir del art. 431 CP.

53. En relación con el delito de contrabando (art. 5 LO 12/1995 de 12 de diciembre), a través de la LO 6/2011 de 30 de junio, el legislador introdujo una distinción entre las mercancías (bien corporal susceptible de ser objeto de comercio); los géneros prohibidos (cuyo comercio está prohibido) y los géneros estancados (de lícito comercio pero sometidos a monopolio). Entiendo que un bien cuyo comercio está prohibido o está sometido a monopolio no es susceptible de ser objeto de comercio y por tanto, no puede ser considerado mercancía. Esto provoca un serio inconveniente de cara al comiso, ya que el art. 5.1.a) prevé el comiso de *las mercancías* y no el de los géneros prohibidos y estancados, ni siquiera en caso de condena. Se trata de un error que no se puede solucionar a través de la interpretación. Por lo antes planteado, la descripción de lo decomisable debe ampliarse y simultáneamente, se debe eliminar el elenco innecesariamente extenso de bienes contenido en el art. 5.1.

54. El art. 5.1.c de la LO 12/1995 incorpora reglas especiales para la aplicación del principio de proporcionalidad tratándose del comiso de los medios de transporte con los que se cometa el delito. Tal decisión legislativa carece de fundamento, pues no se aprecia ninguna distinción entre el medio de transporte y cualquier otro bien que tenga la condición de *instrumento*. De *lege ferenda*, debe suprimirse este apartado c, así como todos los que repiten sin necesidad lo expuesto en el art. 127 CP (apartados 2, 4 y 5 de este numeral).

55. Es necesario crear en la jurisdicción penal un procedimiento accesorio y uno autónomo para discutir sobre el comiso, cuyo empleo sea excepcional. P. ej., aplicable solo cuando la complejidad del caso u otras circunstancias (v.g., la fuga del imputado) lo ameriten. Este procedimiento también se debe crear en Costa Rica.

56. Producto de un error, en el Código Penal costarricense el comiso se ubicó dentro del acápite dedicado a las *Consecuencias civiles del hecho punible.*

57. El art. 110 del CP costarricense prevé el comiso de los instrumentos; de cualquier bien que provenga de la realización del hecho y de las ganancias derivadas de la infracción. No se contempla el comiso del objeto del delito ni el de las ganancias indirectas, así como tampoco las que se dan por cometer el hecho, ya que no *provienen* de éste. Del mismo modo, no se contempla el tema de la peligrosidad que pueden revestir algunos bienes (sea intrínseca, sea en relación con alguien); el comiso de segundo grado; el comiso por valor equivalente; o el comiso ampliado.

58. Por expresa disposición legal la figura no puede afectar los derechos que tengan el ofendido o terceros sobre los bienes. Si nos apegásemos al tenor literal del art. 110 CP, bastaría con que concurra esa circunstancia (que haya un ofendido o un tercero con derechos) para que el comiso no proceda, lo que es un error, pues bien puede suceder que ese tercero tenga también un vínculo con el hecho que haga procedente el comiso, p. ej., que haya adquirido el bien en condiciones en las que debía sospechar sobre su origen ilícito. De esta manera, concluyo que ha sido la jurisprudencia y no el legislador quien incorporó la exigencia de que el tercero sea de buena fe.

59. En el Código Procesal Penal no existe un procedimiento que regule la intervención del tercero en el proceso. La jurisprudencia ha tratado de solventar este vacío legal señalando que se debe integrar un litisconsorcio pasivo necesario. A pesar de esto, es común que los órganos de casación se den por satisfechos con que se brinde audiencia al tercero en la etapa de debate, no siempre con éxito. De *lege ferenda* es necesario diseñar este procedimiento.

60. El art. 110 CP señala que el presupuesto del comiso es el *delito*. Además de descartar la aplicación del comiso en el ámbito de las faltas (lo que no es comprensible), este término debe entenderse como sinónimo de conducta típica, antijurídica, culpable y punible y no como una simple previsión legislativa independiente de una declaración de responsabilidad en un caso concreto. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido el término delito de otra manera: como una estipulación abstracta de ilicitud referida por el legislador, con lo cual se ha dispuesto el comiso en otras circunstancias, p. ej., en sentencias absolutorias, sobreseimientos definitivos por extinción de la acción penal por pago de la multa, etc.

61. En el art. 96 CP es necesario acabar con la confusión de institutos cuya aplicación tiene lugar antes y después de dictada la sentencia.

62. La Ley N° 8204, titulada Reforma integral de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, comete el error de emplear los términos *decomiso* y *comiso* como si no fuesen sinónimos. Con el primero se alude a una intervención de los bienes de carácter provisional (entiéndase, al secuestro) y con el segundo, a la resolución que se adopta en

una sentencia firme sobre la titularidad de esos bienes. Se trata de una distinción que es particular al medio costarricense y que se debe superar.

63. Al indicar los bienes que son susceptibles de comiso (vid. art. 83 y 87 de la ley N° 8204), el legislador incluyó un listado innecesariamente extenso. Además no contempló el comiso de los objetos de la infracción, de las ganancias por cometer el hecho y de las ganancias indirectas. Finalmente, es gravísima la última frase del párrafo 1 del art. 83, que autoriza el comiso del patrimonio de las personas jurídicas vinculadas con estos hechos, pues en ningún momento se indica que esos activos deban estar relacionados con un hecho o una actividad criminal, bastando con que la persona jurídica sí lo esté. Tampoco se indica en qué términos se debe dar el vínculo entre la persona jurídica y el hecho, tema que en Costa Rica adquiere mayor importancia si se considera que no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

64. Esta misma legislación contiene una regulación bastante amplia en torno al tercero de buena fe (arts. 93 y 94), que a diferencia de lo que sucede con la normativa española, prevé las dos situaciones en las que se puede encontrar el tercero en relación con los bienes, a saber, que los haya adquirido luego de la comisión del hecho, o que sean suyos con anterioridad a éste. Aunque es una norma afortunada en buena parte, creo que la no alusión a la peligrosidad del bien expone su carácter sancionatorio, pues si los bienes no son intrínsecamente peligrosos, o no lo son en relación con alguien, la única razón para que se imponga el comiso es el deseo de punir al tercero por su conducta, claramente vinculada con la realización del hecho.

65. Muchos de los problemas contenidos en la ley N° 8204 se dan también en la ley N° 8754 contra la delincuencia organizada (p. ej., el uso del término *decomiso* como sinónimo de *secuestro*, o la forma en que se autoriza el decomiso de bienes de las personas jurídicas asociadas con los hechos). Aunado a esto, a pesar del fraude de etiquetas, el comiso previsto en los arts. 20 a 22 de la Ley N° 8754 es en realidad una sanción, una con la que el legislador costarricense castiga la tenencia injustificada de bienes y en la que además, se invierte la carga de la prueba en cuanto al origen del patrimonio. Desde mi óptica, esta figura debe desaparecer, pues no se debe criminalizar la tenencia injustificada de bienes y el comiso no se debe desnaturalizar, convirtiéndolo en una sanción para quien no explique la procedencia de sus activos.

66. El comiso, por ser una medida que surge del poder de imperio del Estado, está sometido al principio de legalidad y proporcionalidad. En relación con el de culpabilidad, por tener de *lege lata* un contenido sancionatorio, debería estar sometido a él, lo que supone algunos inconvenientes a los que he hecho referencia antes. Por tanto, se requiere una reforma legal que permita ajustar cada clase de comiso a su fundamento y sus fines, eliminando los rasgos sancionatorios que en la actualidad impiden aplicarlo sin quebrantar reiteradamente el principio de culpabilidad.

67. La jurisprudencia ha entendido que el comiso es una medida de orden público que se puede dictar *de oficio*, lo que es un despropósito, pues simultáneamente se acepta que el comiso está sometido a las reglas más elementales de un proceso penal marcadamente acusatorio como lo es el costarricense. Además, si el art. 110 CP no toma en cuenta la peligrosidad intrínseca del bien (única circunstancia que entiendo autorizaría un comiso oficioso), siempre será necesario que la parte acusadora articule prueba para demostrar la concurrencia de los presupuestos fácticos que dan lugar a la imposición de la medida, labor en la que el órgano juzgador no puede sustituir a las partes.

68. El legislador costarricense no ha regulado la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con comiso. Este problema ha sido resuelto por los tribunales de forma distinta: para algunos, el vacío legal no impide aplicar el principio y en consecuencia, no decretar el comiso. Para otros, el comiso se debe aplicar siempre que la ley lo imponga con carácter preceptivo. Para evitar las interpretaciones contradictorias y sobre todo, evitar que el juez ignore deliberadamente el carácter obligatorio que el art. 110 CP le imprime al instituto, se debe autorizar al órgano jurisdiccional a no decretarlo cuando sea de excesiva dureza para el titular del bien. También se deben introducir otras opciones que permitan alcanzar los fines que persigue a un menor costo para el ciudadano, p. ej., ordenar el comiso parcial, o sustituirlo con otras medidas que no supongan la pérdida de la titularidad, p. ej., modificar el instrumento que sea intrínsecamente peligroso.

69. En Costa Rica se deben introducir algunas medidas dirigidas a evitar que el autor o partícipe del hecho saque los bienes del alcance del aparato de administración de justicia. P. ej., contemplar el comiso por valor equivalente; el comiso en caso de injusto penal; el comiso en relación con delitos culposos, e incluso el comiso ampliado. Un comiso ampliado claro está, que sea respetuoso del Derecho de la Constitución y por ende, que se mantenga alejado de la confiscación general de bienes, proscrita desde hace muchos años.

DOCTRINA

ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María. *La responsabilidad civil derivada del hecho punible.* San José, Editorial Juricentro, 1984 (ISBN 9977-31-008-4).

ABEL LLUCH, Xavier. "II. Nulidad de dictamen pericial acordada oralmente en el acto del juicio en primera instancia y posterior designación de nuevo perito judicial. Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 13 de abril de 2011, Ponente Excmo. D. Francisco Marín Castán." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7730, Sección Dossier Jurisprudencia sobre Derecho Probatorio, 7 de noviembre de 2011, Año XXXII (ISSN 1138-9907).

ABEL SOUTO, Miguel. "Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo." En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.* Madrid, La Ley, N° 11, Sección Temas de actualidad. Legislación aplicada a la práctica, diciembre 2004 (ISSN 1697-5758).

- "Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003." En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.* Madrid, La Ley, N° 20, Sección Estudios, octubre 2005 (ISSN 1697-5758).

ACALE SÁNCHEZ, María. *Salud Pública y Drogas Tóxicas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 (ISBN 84-8442-701-3).

- *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal.* Barcelona, Bosch S.A., 2011 (ISBN 978-84-9790-842-9).

AESCHLIMANN, Yves. "Buenas prácticas en el decomiso sin condena: una perspectiva suiza." En: GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture.* Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009 (ISBN 978-958-8307-67-1).

AGUADO CORREA, Teresa. *El comiso*. Madrid, EDERSA, 2000 (ISBN 84-7130-986-6).

- "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 05, 2003 (ISSN 1695-0194). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05.html (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

– "Artículo 127." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

ALASTUEY DOBÓN, Carmen. "Artículo 110." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

– "Artículo 111." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil.* Madrid, Edisofer, S.L., Vol. I, Introducción y Parte General, 2009 (ISBN 978-84-96261-70-9).

ALFONSO, Roberto. "Italia: Instrumentos para contrarrestar la criminalidad organizada: la confiscación de los patrimonios ilícitos en el procedimiento penal y en el procedimiento preventivo." En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 3, mayo 2005. (ISSN-e 1698-1189). Disponible en: http://www.iustel.com (consulta hecha el 15 de septiembre de 2012).

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.). *El delito de tráfico de drogas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009 (ISBN 978-84-9876-400-0).

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual.* Granada, Editorial Comares, 2007 (ISBN 978-84-9836-189-6).

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa.* Granada, Editorial Comares, 3° edición, 1993 (ISBN 84-87708-89-7).

AÑÓN, M.J. "Las ramas del ordenamiento jurídico." En: DE LUCAS, J. (Edit.). *Lecciones de introducción al Derecho.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990 (ISBN 84-86558-63-8).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. "El delito de conducción a velocidad excesiva." En: OLMEDO CARDENETE, Miguel; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (Eds.). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial.* Granada. Editorial Alea Blanca, 2010 (ISBN 978-84-92710-16-4).

ARGADOÑA, Antonio. "La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales." *Documento de Investigación*. España, IESE Business School-Universidad de Navarra, N° 656, octubre 2006 (sin ISBN/ISSN).

ARMENTA DEU, Teresa. "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos." En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, Bosch, 1997 (ISBN 84-7698-439-1).

AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias.* Pamplona, Editorial Aranzadi S.A., 1997 (ISBN 84-81-93592-1).

BACA ONETO, Víctor Sebastián. *La invalidez de los contratos públicos.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2006 (ISBN 84-470-2620-5).

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Ganancias ilícitas y Derecho Penal.* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002 (ISBN 84-8004-502-7).

- "La "confiscación" del patrimonio proveniente del delito." En: *Cuadernos de Política Criminal.* Madrid, Editoriales de Derecho Reunidos S.A., N° 78-2002 (ISSN 0210-4059).

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal.* Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999 (ISBN 950-891-036-4).

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. "Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.* Madrid, La Ley, Tomo 1, Doctrina, 1991 (ISSN 0211-2744).

BAÑOL BETANCUR, Alejandro Augusto.*Extinción de dominio.* Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2000 (ISBN 958-9380-32-8).

BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno.* Madrid, Editorial Civitas, 1998 (ISBN 84-470-1045-7).

BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo. "Towards understanding organized crime and its transnational manifestations." En: BASSIOUNI, Cherif M.; VETERE, Eduardo (Comp.). *Organized Crimen. A compilation of U.N. Documents 1975-1998.* New York: Transnational Publishers, Inc., 1998 (ISBN 1-57105-084-1).

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Introducción, notas y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 2° edición, 1985 (ISBN 84-7530-615-2).

BENEYTEZ MERINO, Luis. "De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Código Penal Comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010.* Barcelona, Editorial Bosch, 3° edición, Tomo I, 2012 (ISBN 978-84-9790-811-5 Tomo I).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.). *Comentarios al Código Civil.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 3° edición, 2009 (ISBN 978-84-9903-307-5).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Ediciones Experiencia S.L., 2004 (ISBN 84-96283-13-5).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales."* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-470-3588-5).

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales.* Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2002 (ISBN 84-8410-989-5).

- "La aplicación del comiso y la necesidad de crear mecanismos de recuperación de activos." En: *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (ReAIDP/ e-RIAPL), 2007, A-01 (ISSN - 1993-2995). Disponible en: http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=51&id_article=55 (consulta realizada por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos." En: *Estudios penales y criminológicos.* Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. XXVII, 2007 (ISSN 1137-7550).

- "Comiso ampliado y presunción de inocencia." En: PUENTE ABA, Luz María (Dir.); ZAPICO BARBEITO, Mónica; RODRÍGUEZ MORO, Luis (Coord.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal.* Granada, Comares, 2008 (ISBN 978-84-9836-421-7).

- "Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito." En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-212-1).

- "La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas." En: *Diario La Ley. Especial reforma del Código Penal.* Editorial La Ley, N° 7534, Sección Tribuna, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI (ISSN 1138-9907).

- "El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?". En: *Diario La Ley.* Editorial La Ley, N° 7569, Sección Doctrina, martes 15 de febrero de 2011, Año XXXII (ISSN 1138-9907).

- "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)." En: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (Coords.). *Cuadernos contra la corrupción. Ejemplar dedicado a: El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción.* México, Ubijus, Editorial S.A. de C.V., N° 1, 2012 (ISBN 978-607-8127-42-9).

BLECUA FRAGA, Ramón. *Comentarios al Código Penal Militar.* Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1988 (ISBN 84-7398-555-2).

BONILLA GUZMÁN, Luis Alonso. "El comiso en los delitos contemplados en la Ley de Sicotrópicos. Análisis de los problemas más comunes en la materialización del comiso en los procesos judiciales." En: *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal.* San José, Poder Judicial, N° 9, 2006 (sin ISSN).

BORRAJO INIESTA, Ignacio. "Presunción de inocencia. Investigación y prueba." En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996 (ISBN 1134-9670).

BOTTKE, Wilfried. "La actual discusión sobre las finalidades de la pena". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin.* Barcelona, Bosch, 1997 (ISBN 84-7698-439-1).

- "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania." En: *Revista Penal*. N° 2, 1998. Disponible en: http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/2/showToc (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

BUENO ARÚS, Francisco. "Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 1, 1990 (ISSN 0211-2744).

- "Alusiones jurídico-penales en el Código Civil español." En: *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*. Madrid, La Ley, Tomo 1, 1991 (ISSN 0211-2744).

BUJOSA VADELL, Lorenzo. "El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006." En: *Revista General de Derecho Europeo*, iustel.com, N° 13, mayo de 2007 (ISSN 1696-9634).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 4° edición, aumentada, corregida y puesta al día, 1994 (ISBN 84-477-0328-2).

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; VALENZUELA BEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, Tomo I, Parte General, 1981 (sin ISBN).

CABEDO NEBOT, Ricard (Coord.). *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia.* Madrid, Edersa, Tomo II, 2000 (ISBN 84-7130-964-5 Obra completa; 84-7130-966-1 Tomo II).

CADENA SERRANO, Fidel Ángel. "La reforma de la Parte General del Derecho Penal en la LO 5/2010." En: *Jueces para la Democracia. Formación y debate.* Madrid, Jueces para la Democracia, N° 70, marzo 2011 (ISSN 1133-0627).

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998 (ISBN 950-14-1669-0).

CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Editorial Bosch S.A., Tomo I, 1999 (ISBN 84-7676-553-3 Obra completa, ISBN 84-7676-554-1 Tomo I).

CAMARGO, Pedro Pablo. *La acción de extinción del dominio.* Bogotá, Leyer Editorial, 2° edición, 1998 (ISBN 958-690-138-6).

CAMPUS ALCARAZ, Natividad; URBANO LANZAS, Guillermo. "El comiso en el nuevo Código Penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina." En: *Revista de Ciencias Penales.* Asociación Española de Ciencias Penales, Vol. 2, N° 1, I semestre de 1999 (ISSN 1138-7270).

CANCIO MELIÁ, Manuel. "Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, 1999 (ISBN 84-8002-815-7).

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile.* Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Tomo I. Funzione e composizione del proceso. 1936 (sin ISBN).

CARNEVALI R., Raúl. "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova, S.A.U., N° 33, Año XI, 2° cuatrimestre 2011 (ISSN 1576-9763).

CARO CORIA, Dino Carlos. "La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano." *Ampliación de las ponencias presentadas en la IV y V Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, celebradas en Bogotá/Colombia del 12 al 16 de marzo de 2001 y en Culiacán/México del 11 al 15 de junio de 2001. Disponible en: http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf (consulta hecha por última vez el día 1 de septiembre de 2012).

CASTILLO MONTERREY, Marcelo. "El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010." En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; GORJÓN BARRANCO, María; FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. *La reforma penal 2010.* Salamanca, Ratio Legis, 2011 (ISBN 978-84-938562-2-9).

CAZORLA PRIETO, Soledad. "El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002. Caso Banesto." En: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Tomo I, 2004 (ISBN 84-9768-100-2 Tomo I).

CEREIJO SOTO, Antonio. "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7457, Sección Doctrina, 30 de julio de 2010, Año XXXI (ISSN 1138-9907).

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. "La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa." En: *Actualidad Penal.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2001 (ISSN 0213-6562).

- *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Editorial Comares, 2004 (ISBN 84-8444-887-8).

- "Capítulo 33. Comiso." En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010.* Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, S.A., 2010 (ISBN 978-84-92612-92-5).

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2.* Madrid, Editorial Tecnos, Adenda a la 1° Edición, 2005 (ISBN 84-309-3714-5/84-309-2354-3 Obra completa).

- *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Madrid, Editorial Tecnos, 2° reimpresión de la 6° edición, Tomo II, 2005 (ISBN 84-309-2354-3 obra completa; ISBN 84-309-3221-6 Tomo II).

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización judicial de la pena.* Madrid, Colex, 1997 (ISBN 84-7879-329-1).

- "El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas." En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.). *Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000 (ISSN 1137-3520/ISBN 84-89230-25-0).

- *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia.* Madrid, Dykinson, 2001 (ISBN 84-8155-742-0).

- "La investigación del patrimonio de origen criminal." En: MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.). *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 42, 2002 (ISSN 1137-3520; ISBN 84-96228-02-9).

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1989 (ISBN 84-8002-850-5).

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Tratado de Derecho Procesal Penal Español.* Madrid, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008 (ISBN 978-84-935216-84).

COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DÍEZ, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Derecho Procesal Penal Español.* Madrid, CESEJ-Ediciones, 2006 (ISBN 84-934103-7-3).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Art. 130." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; BESIO, Martín. "Consideraciones previas a los arts. 571 a 580." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

CÓRDOBA RODA, Juan. "Art. 4." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).* Madrid, Marcial Pons, 2011 (ISBN 978-84-9768-851-2).

- "Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso." En: *Revista Jurídica de Catalunya.* Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX (ISSN 0210-4296).

CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; DEL TORO MARZAL, Alejandro; CASABÓ RUIZ, José-Ramón. *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1972 (sin ISBN).

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.); NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GARCÍA ALFARAZ, Isabel (Coord.) *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero.* Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007 (ISBN 978-84-7800-346-4).

– "Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)." En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 8, noviembre 2007 (ISSN-e 1698-1189). Disponible en: http://www.iustel.com (consulta hecha el 11 de septiembre de 2012).

– "Comiso." En: JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario.* Madrid, El Derecho y Quantor, S.L., 2010 (ISBN 978-84-15145-94-3).

CUELLO CONTRERAS, Joaquín; MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Editorial Tecnos, 2011 (ISBN 978-84-309-5213-7).

CUGAT MAURI, Miriam. "Art. 431." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-172-X Tomo II).

DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime.* Coimbra, Coimbra Editora, Tomo II, 2005 (ISBN 972-32-1287-0 Obra completa ISBN 972-32-1353-2 Tomo II).

DE LA CUESTA AGUADO, Paz. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. "El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites." En: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Dir.). *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada.* Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie Derecho, N° 92, 2001 (ISBN 84-472-0678-5).

DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

DE LA OLIVA, SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime; BANACLOCHE PALAO, Julio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Madrid, Civitas, 2001 (ISBN 84-470-1589-0).

DE LAMO RUBIO, J. "De las consecuencias accesorias." En: GARCÍA VICENTE, F.; SOTO NIETO, F.; DE LAMO RUBIO, J.; GUILLÉN SORIA, J. M. *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal.* Barcelona, Bosch, 1998 (ISBN 84-7676-497-9).

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado.* Brasil, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 10° edição revista, atualizada e ampliada, 2010 (ISBN 978-85-203-3650-3).

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "Artículo 385 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- "El comiso del vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial". En: *Actualidad Jurídica Aranzadi.* Editorial Aranzadi S.A., N° 798, Año XIX, 13 de mayo de 2010 (ISSN 1132-0257).

DELGADO GARCÍA, Dolores. "Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas. ¿Inversión de la carga de la prueba?" En: *Publicaciones 2004. Fiscales. Delitos de naturaleza económica.* Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Gobierno de España. Disponible en: http://www.cej.justicia.es/cej/html/publicaciones_01.htm (consulta hecha por última vez el 25 de enero de 2010).

DELGADO GARCÍA, Joaquín. "Prueba de indicios." En: DELGADO GARCÍA, Joaquín (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal II.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996 (ISBN 1134-9670).

DELGADO LÓPEZ, Luis María. "El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas." En: CIMÁS GIMÉNEZ, María del Carmen (Dir.). *Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos.).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 37, 2006 (ISSN 1575-8735; ISBN 978-84-96809-10-9).

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial.* Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970 (sin ISBN).

DIAZ TORRES, Guillermo. *Un aporte de Colombia al Código Penal tipo latinoamericano. Algunos aspectos de la ponencia sobre las consecuencias civiles del delito.* Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1969 (sin ISBN).

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "Los llamados fraudes alimentarios y el Código Penal." En: *La Ley Penal.* Editorial La Ley, N° 69, Sección Legislación aplicada a la práctica, Marzo 2010. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

- "El blanqueo de capitales." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

DIEGO DÍAZ-SANTOS, María del Rosario; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Comp.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.* Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2009 (ISBN 978-84-937019-2-5).

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, Editorial Tecnos, reimpresión de la 9° edición, Vol. I, 1998 (ISBN 84-309-0813-7 Obra completa, 84-309-3024-8 Tomo I).

- *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, Editorial Tecnos, 2° reimpresión de la 9° edición, Vol. II, 2002 (ISBN 84-309-3669-6 Obra completa, 84-309-3671-8 Vol. II).

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. "Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del «poder de acusar» y del Ministerio Fiscal?" En: *Diario La Ley*. N° 6771, Sección Doctrina, 4 septiembre 2007, Año XXVIII. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx (consulta hecha por última vez el 31 de mayo de 2012).

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo; POZUELO PÉREZ, Laura. "Demolición o comiso." En: *Diario La Ley*. N° 6948, Sección Doctrina, 19 de mayo de 2008, Año XXIX. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx (consulta hecha por última vez el 31 de mayo de 2012).

DURBÁN SICILIA, Luis. "Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)." En: MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio (Dir.). *Noticias de la Unión Europea.* No indica ciudad, Wolters Kluwer España, S.A., N° 316, Año XXVII, mayo 2011 (ISSN 1133-8660).

ECHARRI CASI, Fermín Javier. *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2003 (ISBN 84-9767-142-2).

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998 (ISBN 84-7879-426-3).

FARALDO CABANA, Patricia. "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas." En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. A Coruña, Servicio de Publicacións Universidade da Coruña, N° 2, 1998 (ISSN 1138-039X).

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

– "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

– "Artículo 128." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001 (ISBN 84-8410-608-X).

– "El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)." En: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson (Coords.). *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010).* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9004-235-9).

– "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7657, Sección Doctrina, 22 de junio de 2011, Año XXXII (ISSN 1138-9907).

FERRAJOLI, Luigi. "Garantías y Derecho penal." En: SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (Coord.). *Garantismo y Derecho Penal.* Bogotá, Editorial Temis, 1996 (ISBN 958-35-0570-6).

FLORIAN, Eugenio. *Delle Prove Penali.* Varese, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 3° Edizione, 1961 (sin ISBN).

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicolás. *Lógica de las pruebas en materia criminal.* Madrid, La España Moderna, Tomo I, 1930 (sin ISBN).

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Los delitos de tráfico de drogas II. (Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales).* Barcelona, Bosch, 1999 (ISBN 84-7698-569-X).

– "Art. 110." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

– "Art. 127." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

- "Art. 128." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

- "Art. 301." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

- "Art. 374." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín. "El comiso: examen del artículo 374 del Código Penal." En: *Revista general de derecho.* Valencia, Año LIV, N° 640-641, Enero-Febrero 1998 (ISSN 0210-0401).

GARCÍA ALBERO, Ramón. "Arts. 570 bis-570 quater." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Art. 301." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo I, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-171-1 Tomo I).

- "Art. 127 a 129." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).* Madrid, Marcial Pons, 2011 (ISBN 978-84-9768-851-2).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación." En: *Revista española de Derecho Administrativo.* Madrid, Editorial Civitas, N° 98, abril/junio 1998 (ISSN 0210-8461).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho administrativo.* Madrid, Civitas Ediciones, S.L., Tomo I, Reimpresión de la 10° edición, 2001 (ISBN 84-470-1490-8 Tomo I, 84-470-1492-4 Obra completa).

- *Curso de Derecho administrativo.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 10° edición, 2006 (ISBN 84-470-2690-6 Obra completa 84-470-2667-1 Tomo II).

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Artículo 33." En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999 (ISBN 84-7130-942-4 Tomo VII, Vol. 4).

- "Artículo 34." En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999 (ISBN 84-7130-942-4 Tomo VII, Vol. 4).

- "Artículo 38." En: ALBALADEJO, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo VII, Vol. N° 4, Artículos 18 a 41 de la Ley Hipotecaria, 1999 (ISBN 84-7130-942-4 Tomo VII, Vol. 4).

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (Coord.). *Procedimientos administrativos comunes.* Granada, Editorial Comares, 2007 (ISBN 978-84-9836-271-8).

GARCÍA RIVAS, Nicolás; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; CANCIO MELIÁ, Manuel; RODRÍGUEZ PUERTA, María José; FARALDO CABANA, Patricia; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; LAMARCA PÉREZ, Carmen; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel y GARROCHO SALCEDO, Ana. "Delitos de organización: Arts. 515 y 516, 570 bis y ss., 571 y ss." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.) *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-823-7).

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal.* Barcelona: Editorial Bosch, 1978 (ISBN 84-7162-705-1).

- *Introducción al Derecho Penal.* Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 3° edición, 2005 (ISBN 84-8004-684-8).

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. "Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea." En: ARMENTA DEU, Teresa; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; CEDEÑO HERNÁN, Marina (Coord.). *El Derecho procesal penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro.* Madrid, Colex, 2006 (ISBN 84-8342-007).

- "Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba." En: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (Dirs.). *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal.* Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Vol. I, 2006 (ISBN 84-7785-762-8 obra completa; 84-7785-765-2 Vol. I).

- *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid, Editorial Colex, 2007 (ISBN 84-8342-088-0).

– "Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes." En: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Vol. 6, 2010 (no indica ISBN).

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal.* Madrid, Colex, 2° edición, 2007 (ISBN 978-84-8342-098-0).

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal.* Madrid, Colex, 3° edición, 1999 (ISBN 84-7879-509-X).

GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier. "De lege ferenda." En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006 (ISSN 1134-9670 ISBN-10:84-96518-85-X ISBN-13: 978-84-96518-85-8).

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *"La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico."* En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

– "Delitos contra la seguridad del tráfico." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português.* Coimbra, Livraria Almedina, 13 Edição, 1999 (ISBN 9724012298).

GONZÁLEZ CASSO, Joaquín. "La conducción temeraria. Otras conductas afines y la regla concursal del artículo 383 del Código Penal." En: *Actualidad Penal.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 1998 (ISSN 0213-6562).

GONZÁLEZ CUSSAC, José. "Decomiso y embargo de bienes." En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.). *Boletín de Información. La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa.* Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Suplemento al N° 2015, de 15 de junio de 2006, Año LX (ISSN 0211-4267).

GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el derecho penal*. Madrid, Dykinson S.L., 2003 (ISBN 84-9772-077-6).

GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía Editores, 1950 (sin ISBN).

GÓRRIZ ROYO, Elena. "Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3° art. 319 CP (conforme a la lo

5/2010, de 22 de junio)." En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010 (ISSN 1137-7550).

- "Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.); BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (ISBN 84-8002-395-3).

- *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, actualizada y adaptada a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, 2004 (ISBN 84-8456-029-5).

- *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006 (ISBN 84-8456-348-0).

GRANADOS PÉREZ, Carlos. *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del T.S. para la unificación de la jurisprudencia. Años 1991-2002.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2° edición, 2003(ISBN 84-8442-731-5).

GREENBERG, Theodore S.; SAMUEL, Linda M.; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa. *Stolen Asset Recovery. A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture.* Washington, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A., 2009 (ISBN 978-958-8307-67-1).

GUINARTE CABADA, Gumersindo. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: VIVES ANTÓN, Tomás (Coord.). *Comentarios al Código Penal de 1995.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (ISBN 84 - 8002 - 327 - 9 Volumen I; ISBN 84-8002-326-O Obra completa).

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. "La nueva regulación de los delitos de contrabando. Régimen jurídico tras la reforma de la LO 6/2011, de 30 de junio." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 7790, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2012, Año XXXIII (ISSN 1138-9907).

GUTIÉRREZ Y JIMÉNEZ, Manuel. *Código Penal de 1870. Copiosamente anotado con los extractos de las más interesantes y recientes sentencias del Tribunal Supremo: corregido según las posteriores disposiciones publicadas hasta el día, que modifican sus preceptos y ampliado con varias leyes y disposiciones complementarias*. Madrid, Fernando Fé Editor, 1902 (Sin ISBN).

HAVA GARCÍA, Esther. "Comiso. (art. 127 y Disposición Final Sexta.)" En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la reforma penal de 2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-884-8).

HERNÁNDEZ GIL, Félix. "La Medida Cautelar de Secuestro en Materia de Prensa." En: *Revista Jurídica Española La Ley.* Madrid, La Ley, Edilexsa, S.A., Tomo 3, Doctrina, 1981 (ISSN 0211-2744).

HERRERA FONSECA, Rodrigo. *El comiso de bienes.* San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2006 (ISBN 9977-13431-6).

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando; PASCUAL SARRÍA, Francisco Luis. *Código Penal Militar. Concordancias, comentarios y jurisprudencia.* Madrid, Colex, 2011 (ISBN 978-84-8342-283-0).

HIDALGO GARCÍA, Juan Antonio. *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo II, 1908 (Sin ISBN).

HUBER, Bárbara. "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas." En: *Actualidad Penal. Publicación técnico-jurídica de Derecho penal.* Madrid, Actualidad Editorial S.A., 1990 (ISSN 0213-6562).

HUERTA TOCILDO, Susana. "Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

IÑESTA PASTOR, Emilia. *El Código Penal Español de 1848.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001 (ISBN 978-84-9985-038-2).

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Los principios superiores del Derecho Penal. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa.* Madrid, Editorial Dykinson S.L., N° 5, 1999 (ISBN 84-8155-466-9).

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. Granada, Editorial Comares, S.L., 5° edición renovada y ampliada, 2002 (ISBN 84-8444-641-7).

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco. "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos." En: *Revista de Derecho Penal*. Valladolid, Lex Nova S.A.U., N° 34, Año XI, tercer cuatrimestre 2011 (ISSN 1576-9763).

JORGE BARREIRO, Agustín. "Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995." En: *Actualidad Penal.* Madrid, Editorial La Ley, Tomo 2, Sección Doctrina, 2000 (ISSN 0213-6562).

KAUFMANN, Armin. "La misión del Derecho penal." En: *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá, Editorial Temis, 1982 (ISBN 84-8272-236-0).

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General.* Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 3, 3° edición, 2005 (ISBN 84-8155-398-0 Obra completa, 84-9772-618-9).

- *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones.* Madrid, Editorial Dykinson, Vol. 2, 3° edición, 2005 (ISBN 84-8155-398-0 Obra completa, 84-9772-619-7).

LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho Civil. III. Derechos Reales.* Madrid, Dykinson, Vol. I, 2° edición, 2003 (ISBN 84-9772-085-7, Obra completa: 84-8155-398-0).

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Tecnos, 6° edición, 2005 (ISBN 84-309-4227-0).

LASARTE, Carlos. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II.* Madrid, Marcial Pons, Tomo II, 15° edición, 2011 (ISBN 978-84-9768-879-6 Tomo II; 978-84-7248-993-6 Obra completa).

- *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil I.* Madrid, Marcial Pons, Tomo I, 17° edición, 2011 (ISBN 978-84-9768-878-9 Tomo I, 978-81-7248-993-6 Obra completa).

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho.* Barcelona, Editorial Ariel, 6° edición, 1990 (ISBN 84-344-1032-X).

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indicios.* Buenos Aires, Ediciones Depalma (ISBN 950-14-0580-X).

LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale.* Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961 (sin ISBN).

LLABRÉS FUSTER, Antoni. "Artículo 17." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena.* Valencia, Tirant lo Blanch, 6° edición, 2005 (ISBN 84-8456-223-9).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007 (ISBN 978-84-8355-379-4).

LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, no indica editorial, 1996 (ISBN 84-605-4758-2).

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Editorial Universitas S.A., 3° reimpresión de la 1° edición, 2004 (ISBN 84-7991-041-0).

MAGALDI PATERNOSTRO, María José. "Art. 374." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-172-X Tomo II).

- "Art. 385." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Tomo II, 2004 (ISBN 84-9768-170-3 Obra completa 84-9768-172-X Tomo II).

- "Art. 122." En: CÓRDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Comentarios al Código Penal. Parte General. (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio).* Madrid, Marcial Pons, 2011 (ISBN 978-84-9768-851-2).

- "Organizaciones y grupos criminales: una regulación penal desafortunada." En: TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: *Revista Jurídica de Catalunya.* Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX (ISSN 0210-4296).

MAGRO SERVET, Vicente. "El régimen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas «delincuentes» en el Proyecto de Código Penal." En: *Práctica de Tribunales*. Editorial La Ley, N° 39, Sección Práctica Procesal, Junio 2007. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

MANES, Vittorio. "La incidencia de las "Decisiones marco" en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Gran Sala- (demanda de pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino)." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 09-07, 2007 (ISSN 1695-0194). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-07.pdf (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. "Tráfico de drogas." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "La pena de comiso." En: *Revista de Estudios Penitenciarios.* Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Pe-

nitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, Año XXXIII, N° 216-219, enero-diciembre 1977 (ISSN 0210-6019).

- "La pena de comiso en el proyecto de Código Penal." En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXV, Fascículos II y III mayo-diciembre, MCMLXXXI (ISSN 0210-3001).

- "Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal." En: *Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*. Madrid, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Volumen 1, Enero/Diciembre, 37/40, 1983 (Sin ISBN/ISSN).

- *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983.* Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1983 (ISBN 84-7162-916-X-1983).

- "Comiso. Artículo 5." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. Revista de Derecho Público.* Madrid, Edersa, Tomo III. Delitos e infracciones de contrabando, 1984 (ISBN 84-7130471-6).

- "El Comiso y la Caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal." En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. N° 1342, 25 Marzo 1984 (ISSN 1989-4767) Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- "El comiso. Artículo 48." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983*. Madrid, Edersa, Tomo V-Vol. 1, Libro I del Código Penal, 1985 (ISBN 84-7130477-5).

- "Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE de 26 del mismo mes)." En: *Boletín del Ministerio de Justicia.* N° 1500, 1501 y 1502, 5 de septiembre de 1988 (ISSN 1989-4767). Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- "Comentarios al anteproyecto del Código Penal de 1992 (y III)." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal.* Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 15 al 21 de junio de 1992 (ISSN 0213-6562).

- "La pena de multa." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* Madrid, La Ley-Actualidad, S.A., Tomo 2, Doctrina, 1996 (ISSN 0211-2744).

- "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros." En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal.* Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 24, semana del 9 al 15 de junio de 1997 (ISSN 0213-6562).

- *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia.* Granada, Editorial Comares, Tomo I Parte General (Artículos 1 a 137), 2010 (ISBN 978-84-9836-747-8 Tomo I).

- *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia.* Granada, Editorial Comares, Tomo II, Parte Especial (Artículos 138 a 639), 2010 (ISBN 978-84-9836-748-5 Tomo II).

MAPELLI CAFFARENA, Borja. "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal." En: *Revista Penal.* Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, Año 1, N° 1, 1998 (ISSN 1138-9168).

- "Artículo 130." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 5° edición, 2011 (ISBN 978-84-470-3617-2).

MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito.* Madrid, Editorial Civitas S.A., 3° edición, 1996 (ISBN 84-470-0675-1).

MARAVER GÓMEZ, Mario. "La trata de seres humanos." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

MARCHAL ESCALONA, A. Nicolás. *El atestado. Inicio del proceso penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 8° edición, 2010 (ISBN 978-84-9903-634-2).

MARONDA FRUTOS, Juan Luis; TENA FRANCO, María Isabel. "El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares." En: VELASCO NÚÑEZ, Eloy (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, XII, 1996 (ISSN 1134-9670).

MARTÍN PÉREZ, José Antonio. "El comiso de bienes propiedad de "tercero": análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)." En: *Derecho Privado y Constitución.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, N° 19, Año 13, enero-diciembre 2005 (ISSN 1133-8768).

MARTÍNEZ ASENSIO, Gabriel. "El delito de conducción temeraria." En: OLMEDO CARDENETE, Miguel; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (Eds.). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial.* Granada. Editorial Alea Blanca, 2010 (ISBN 978-84-92710-16-4).

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición, 2011 (ISBN 978-84-9985-949-1).

MARTÍNEZ GALINDO, Gema. "Vigencia del principio acusatorio." En: *La Ley Penal.* Editorial La Ley, N° 1, Sección Informe de Jurisprudencia, Enero 2004. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

MAUGERI, Anna María. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo.* Milano, Giuffrè Editore, 2001 (ISBN 88-14-09040-8).

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal.* Traducido por CÓRDOBA RODA, Juan. Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo II, 1962 (sin ISBN).

- *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 4., völling neu bearbeitete Auflage (ISBN 3-7880-1213-7 geb. 3-7880-1224-2 kart.).

- *Derecho Penal. Parte General. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho.* Actualizada por GÖSSEL, Karl-Heinz; ZIPF, Heinz. Traducción de la 7° edición alemana, realizada por BOFILL GENZSCH, Jorge. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995 (ISBN 950-508-413-7 obra completa, 950-508-429-3 tomo 2).

MEDINA ARIZA, Juan. "El control social del delito a través de la prevención situacional." En: STANGELAND, Per (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a La Criminología aplicada.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 15, 1997 (ISSN 1134-9670).

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; DÍAZ CORTÉS, Lina (Col.). *Derecho Penal. Parte Especial.* Salamanca: CISE-Universidad de Salamanca, 3° edición, 2008 (sin ISBN).

MIR PUIG, Carlos. "Art. 431." En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al código penal: reforma 5/2010.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-072-6).

MIR PUIG, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 06-01, 2004 (ISSN 1695-0194). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html (consulta realizada por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, Editorial Reppertor, reimpresión de la 7° edición, 2005 (ISBN 9974-578-36-1).

- *Estado, pena y delito*. Buenos Aires, Euros Editores S.R.L., 2006 (ISBN 9974-578-64-7).

- "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal." En: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan (Dirs.). *Constitución y principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-880-0).

- *Bases constitucionales del Derecho Penal.* Madrid, Iustel, 2011 (ISBN 978-84-9890-148-1).

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria." En: *Diario La Ley.* Editorial La Ley, N° 7736, Sección Tribuna, 15 noviembre 2011, Año XXII (ISSN 1138-9907).

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "La reforma de la LO 5/2010 y los delitos contra la seguridad vial." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia.* Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999 (ISBN 84-8410-355-2).

MONTOYA, Mario. *Mafia y crimen organizado.* Buenos Aires: Ad Hoc, 2004 (ISBN 950-894-473-0).

MORALES GARCÍA, Oscar. "Artículo 374." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa, 978-84-9903-742-4 Tomo II).

MORALES PRATS, Fermín. "Libro I: Título VII (Art. 130)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

- "La responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-9903-654-0).

- "Art. 305." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana. "El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco." En: GALGO PECO, Ángel (Dir.). *Cuadernos de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° XIII, 2003 (ISSN 1134-9670 ISBN 84-96228-40-1).

– "Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas." En: BARRIENTOS PACHO, Jesús María (Dir.) *Estudios de derecho judicial (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales).* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 117, 2007 (ISBN 978-84-96809-39-0).

– "El decomiso: Regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España." En: ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal.* Valladolid, LEX NOVA, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-212-1).

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. "Artículo 305." En: COBO DEL ROSAL, Manuel; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Comentarios al Código Penal. Segunda época.* Madrid, CESEJ, 2006 (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa, 84-935216-0-4 Tomo X, Vol. I).

MÜLLER CREEL, Oscar Antonio. "La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa." En: *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, V. 9, N° 2, 2009-2 (ISSN 1657-3978).

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia: Tirant lo Blanch, 17° edición revisada y puesta al día, 2009 (ISBN 978-84-9876-616-5).

– *Derecho Penal. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, 18° edición, 2010 (ISBN 978-84-9876-931-9).

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General.* Valencia, Tirant lo Blanch, 7° edición revisada y puesta al día, 2007 (ISBN 978-84-8456-933-6).

– *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 8° edición revisada y puesta al día, 2010 (ISBN 978-84-9876-921-0).

MUÑOZ CUESTA, Javier. "El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2004*. Navarra, Editorial Aranzadi, Vol. N° 6, Tomo LXX, 2005 (ISBN 84-9767-996-2 (Vol. VI)/ ISSN 0210-5772).

NAVAS APARICIO, Alfonso. "Alcances e implicaciones económicas del crimen organizado internacional en Costa Rica: propuestas para la adopción de políticas públicas". En: *Impacto del crimen transnacional en Centroamérica: los casos de Nicaragua y Costa Rica.* San José, FUNPADEM, 2007 (ISBN 978-9968-875-34-9).

– *Alcances e implicaciones del crimen organizado internacional en Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Honduras: propuestas para la adopción de políticas públicas*. San José, Relaciones Externas de FUNPADEM, 2007 (Sin ISBN).

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid, Tecnos, 4° edición, 2005 (ISBN 84-309-4246-7).

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba.* Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2010 (ISBN 978-84-9768-757-7).

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. "Lección 35. Otras consecuencias del delito: la responsabilidad civil ex delito, las costas procesales y las consecuencias accesorias." En: GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Curso de Derecho Penal. Parte General.* Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2011 (ISBN 978-84-9982-820-6).

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. "Una propuesta de regulación del comiso." En: *Revista de Derecho y Proceso Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, N° 14, Año 2005-2 (ISSN 1575-4022).

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. "El comiso." En: *Diario La Ley.* Madrid, Editorial La Ley, N° 5495, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2002, Año XXIII (ISSN 1138-9907).

- "Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

OLMEDO CARDENETE, Miguel. "Capítulo 32. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I)." En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial.* Madrid, Dykinson, 2011 (ISBN 978-84-9982-813-8).

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo.* Madrid, Marcial Pons, 2004 (ISBN 84-9768-196-7).

ORTEGA MONTORO, Rodrigo. "La nueva regulación de los delitos urbanísticos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2009." En: *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.* Editorial La Ley, N° 4, Sección Actualidad, quincena del 28 febrero al 14 de marzo de 2010, Tomo I. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil.* Navarra, Editorial Aranzadi, 10° edición, 2010 (ISBN 978-84-9903-558-1).

ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, Francisco Javier. "La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el Código Penal tras

la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010." En: *Revista Aranzadi Doctrinal*. Navarra, Editorial Aranzadi, N° 8, diciembre 2011 (ISSN 1889-4380).

PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal.* Bogotá, Editorial Temis S.A., 1995 (ISBN 958-35-0077-1).

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado.* Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 6° edición corregida y aumentada, Tomo I, 1888 (Sin ISBN).

PALOMO DEL ARCO, Andrés. "Asistencia internacional en la delincuencia económica." En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). *Estudios de derecho judicial. (Ejemplar dedicado a: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 61, 2004 (ISSN 1137-3520).

PAREJO ALONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo.* Valencia, Tirant lo Blanch, 3° edición revisada y actualizada, 2010 (ISBN 978-84-9876-916-6).

PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad de acusado y presunción de inocencia.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003 (ISBN 84-8442-751-X).

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario.* Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1986 (ISBN 84-600-4062-3).

PÉREZ CEBADERA, María-Ángeles. "Presunción de inocencia y decomiso: ¿Es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes? En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (Dir.). *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* Madrid, Editorial Colex, 2008 (ISBN 978-84-8342-114-7).

PÉREZ MACHÍO, Ana. "Artículo 431." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús; FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *Derecho Procesal Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2010 (ISBN 978-84-470-3388-1).

PERIS RIERA, Jaime Miguel; PLÁ NAVARRO, Cristina. "Artículo 127." En: COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código Penal.* Madrid, Edersa, Tomo IV, 2000, (ISBN 84-7130-939-4 Obra completa 84-7130-974-2 Tomo IV).

PINO ABAD, Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español.* Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999 (ISBN 84-7801-507-8).

PLAZA SANJUAN, Vicente. "Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito." En: *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.* Madrid, La Ley, N° 17, Sección Estudios, Junio 2005 (ISSN 1697-5758).

POZUELO PÉREZ, Laura. "Los delitos contra la administración pública." En: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.). *Estudios sobre las Reformas del Código Penal (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero).* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2011 (ISBN 978-84-470-3586-1).

PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial ARANZADI, S.A., 3° edición, 2004 (ISBN 84-9767-444-8).

PUENTE ABA, Luz María. "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal." En: *Actualidad Penal.* Madrid, La Ley, N° 39, Tomo 2003-3 (correspondiente a los Números 31 a 47-48), 2003 (ISSN 0213-6562).

- "Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal." En: *Panóptico: contra la cultura carcelaria (Dossier sobre La Contrarreforma Penal)*. N° 6, 2003 (ISSN 1135-9838).

- "El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena". En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional).* Universidade da Coruña, Servicio de Publicacións, N° 10, 2006 (ISSN 1138-039 X).

- *La regulación del comiso en el Código Penal Español.* Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 24 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.ciidpe.com.ar/ (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, Tomo II, Vol. III (ISBN 84-7162-902-X).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita." En: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLO, Enrique (Eds.). *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos.* España: Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, 1999 (ISBN 84-95089-31-9).

- *Parte General del Derecho Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007 (ISBN 978-84-8355-390-9).

- "La reforma del comiso (art. 127 CP)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-9903-654-0).

- "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil." En: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* N° 12-r2, 2010

(ISSN 1695-0194). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12.html (consulta hecha por última vez el 2 de septiembre de 2012).

– *Parte General del Derecho Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 4° edición, 2010 (ISBN 978-84-9903-715-8).

– "Artículo 122". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-741-7 Tomo I).

– "Artículo 301." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; TAMARIT SUMALLA, Josep. "Libro I: Título V (Art. 109)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

– "Libro I: Título V (Art. 111)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

RAMÓN RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria." En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, N° XXIV, 2002-2003 (ISSN 1137-7550).

– "Libro I: Título VI (Art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 4° edición, 2005 (ISBN 84-9767-444-8).

– "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo I, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-741-7 Tomo I).

REBOLLO VARGAS, Rafael. "Receptación y blanqueo de capitales." En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (Dir.). *Derecho Penal Español. Parte Especial.* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2011 (ISBN 978-84-9004-122-2).

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. "Instrumentación cautelar del comiso." En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá, Vol. 8, N° 2, 2006 (ISSN 0124-0579).

– *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar.* Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007 (ISBN 978-958-8298-56-6)

REVILLA REVILLA, Eusebio. "La pena de multa." En: *Diario La Ley.* Editorial La Ley, Sección Doctrina, 1997, Tomo 4. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 2 de septiembre de 2012).

REY HUIDOBRO, Luis Fernando. "Consideraciones sobre la nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas." En: *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* Madrid, La Ley, Tomo 4, Doctrina, 1988 (ISSN 0211-2744).

– "Los delitos contra la salud pública en la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre." En: *Diario La Ley.* N° 6193, Sección Doctrina, 18 Febrero de 2005, Año XXV. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

REYNA ALFARO, Luis Miguel. "La unificación del derecho penal: consideraciones a propósito del código penal tipo para Iberoamérica." En: *Ensayos de Realidad Nacional.* Domingo 30 de diciembre de 2007. Disponible en: http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/la-unificacin-del-derecho-penal.html (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones e indicios en el juicio penal.* Buenos Aires, Ediar, 1989 (ISBN 950-574-078-6).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. "Detenciones no procedimentales penales. Retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas." En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (Dir.). *La instrucción del sumario y las diligencias previas. Cuadernos de Derecho Judicial.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998 (ISBN 84-89324-34-4 ISSN 1134-9670).

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. "4. Novedades introducidas por la reforma de 2003." En: PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Nuevo Código Penal.* Navarra, Editorial Aranzadi, 3° edición, 2004 (ISBN 84-9767-444-8).

– "La política europea en materia de comiso." En: TAMARIT SUMALLA, Josep (Coord.). *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal. Monografía. Las sanciones penales en Europa.* Navarra, Editorial Aranzadi, N° 21, 2009 (ISBN 978-84-9903-187-3).

– "Artículo 431." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición y 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa 978-84-9903-742-4 Tomo II).

RODRÍGUEZ SOL, Luis. "La investigación de la delincuencia económica en el espacio judicial europeo." En: *Diario La Ley*. N° 6278, Sección Doctrina, 21 de junio de 2005, Año XXVI. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ROIG TORRES, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010 (ISBN 978-84-9876-843-5).

ROJAS AMANDI, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción.* México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2770/8.pdf (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre 2012).

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956 (sin ISBN).

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal.* Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid, Reus, S.A., 1976 (ISBN 84-290-1243-5).

- *Derecho penal. Parte general.* Traducción de la 2° edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESA, Javier. Madrid, Civitas, Tomo I, 1997 (ISBN 8447009602).

- *Derecho procesal penal.* Traducción de la 25° edición alemana hecha por CÓRDOBA, Gabriela E.; PASTOR, Daniel R. Revisada por MAIER, Julio B.J. Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 2000 (ISBN 987-9120-36-1).

RUEDA GARCÍA, Luis. "La reforma del comiso y su adaptación al derecho europeo." En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.); ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coord.). *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009 (ISBN 978-84-9876-383-6).

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. "El comiso." En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.). *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma.* Madrid, La Ley, 2012 (ISBN Edición Gráfica: 978-84-8126-470-8).

SAAVEDRA RUIZ, Juan. "Título VI. De las consecuencias accesorias." En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.); LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Comentarios al Código Penal.* Barcelona, Editorial Bosch, S.A., Tomo II, 2007 (ISBN 978-84-9790-316-5 Obra completa; ISBN 978-84-9790-318-9 Tomo II).

SAAVEDRA RUIZ, Juan (Dir.). *Código penal. Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias.* Madrid, Grupo El Derecho y Quantor, S.L., 2° edición actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, 2011 (ISBN 978-84-15145-98-1).

SALAS CARCELLER, Antonio. "Consecuencias accesorias." En: POZA CISNEROS, María (Dir.). *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial.* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996 (ISSN 1134-9670).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL. "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado." En: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.); NIETO MARTÍN, Adán (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Salamanca, Vol. II, 2001 (ISBN 84-8427-139-0 UCLM, ISBN 84-7800-870-5 EUS).

- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2005 (ISBN 84-9772-714-2).

- "Artículo 515." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- "Artículo 570 bis." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- "Artículo 570 ter." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- "Artículo 571." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General.* Madrid, Editorial Tecnos, 7° edición, 2011 (ISBN 978-84-309-5345-5).

SANTALUCÍA, Bernardo. *Derecho Penal Romano*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1990 (ISBN 84-87191-64-9).

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, Tomo I, 2004 (ISBN 84-96440-00-1 Tomo I)

- *Principios de Derecho Administrativo General.* Madrid, Iustel, Tomo II, 2004 (ISBN 84-96440-01-X Tomo II).

SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. "La reforma operada en el delito de blanqueo de capitales por la LO 15/2003, de 25 de noviembre." En: CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado.* Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2008 (ISBN 978-84-9849-037-4).

– "La conducción manifiestamente temeraria. Balance de la reforma operada por la LO 15/2007 y cuestiones pendientes." En: *Tráfico y Seguridad Vial.* N° 139, julio-agosto 2010 (ISSN 1139-4447). Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

SANZ MULAS, Nieves. "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)." En: *La Ley Penal.* Editorial La Ley, N° 45, Sección Legislación aplicada a la práctica, Enero 2008. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (Consulta realizada por última vez el 26 de junio de 2012).

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis. *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones generales y presunciones.* Navarra, Editorial Aranzadi, 2° edición, 2007 (ISBN 978-84-8355-499-9).

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. "Artículo 374." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

SERRANO ALONSO, Eduardo; SERRANO GÓMEZ, Eduardo. *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia.* Madrid, Edisofer S.L., 2011 (ISBN 978-84-96261-96-9).

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* Madrid, Dykinson, 15° edición, 2010 (ISBN 978-84-9849-919-3).

SILVA FORNÉ, Diego. "Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

SILVA MELERO, Valentín. "Presunciones e indicios en el proceso penal." En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Madrid, Instituto Editorial Reus, N° 1, Año LXXXIX, julio-agosto de 1944.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial.* Barcelona, Atelier, 3° edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, 2011 (ISBN 978-84-92788-48-4).

SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., Tomo I, 5° edición, 2008 (ISBN 978-84-470-3068-2).

TAMARIT SUMALLA, Josep. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas." En: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA

MARTÍN, Luis, HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Edit.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 2003 (ISBN 84-309-3921-0).

- "Artículo 385 bis." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa, 978-84-9903-742-4 Tomo II).

- "Artículo 515." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español*. Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., Tomo II, 6° edición, 1° con este título, 2011 (ISBN 978-84-9903-743-1 Obra completa, 978-84-9903-742-4 Tomo II).

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico de la empresa.* Lima, Ara Editores, 2010 (ISBN 978-9972-238-70-3).

THOMPSON, E.A. *Los godos en España*. Traducido por FACI, Javier. Madrid, Alianza Editorial S.A., 1971 (sin ISBN).

TIRVIÓ PORTÚS, Jordi. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: *Revista Jurídica de Catalunya.* Barcelona, Il.Lustre Col.legi d' Advocats de Barcelona, N° 4-2011, Any CX (ISSN 0210-4296).

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII Y XVIII).* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1992 (ISBN 84-309-0173-6).

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "Injusto penal e injusto administrativo. (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)." En: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría.* Madrid, Editorial Civitas, Tomo III, 1991 (ISBN 84-7398-8620 Tomo III; 84-7398-8655 Obra completa).

TRAPERO BARREALES, María. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011 (ISBN 978-84-9985-087-0).

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. Las consecuencias jurídicas del delito. Alicante, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 3° edición, 2010 (ISBN 978-84-9717-132-8).

VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando. "Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal." En: *Revista Vía Iuris*. Bogotá, Fundación Universitaria Los Libertadores, N° 6, enero-junio 2009 (ISSN 1909-5759).

VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio.* Madrid, Editorial La Ley, 2010 (ISBN 978-84-8126-651-1).

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.* Madrid, La Ley, 1993 (ISBN 84-7695-122-1).

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010." En: *La Ley Penal*. Editorial La Ley, N° 86, Sección Estudios, Octubre 2011. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

VERVAELE, John. "Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?". Traducción de LAZO LÓPEZ, María José; MORENO MORENO, Fernando. En: *Revista Penal.* Barcelona, Editorial Praxis S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha. N° 2, 1998 (ISSN 1138-9168).

- "El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos". Traducción de BLANCO CORDERO, Isidoro. En: *Actualidad Penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho penal*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., N° 14, semana del 5 al 11 de abril de 1999 (ISSN 0213-6562).

VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código Penal Reformado; comentado novísimamente.* Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja, editor, 1851 (sin ISBN).

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. "El comiso ampliado. Consideraciones constitucionales." En: CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (Dir.); CUERDA ARNAU, María Luisa (Coord.). *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón).* Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo II, 2009 (ISBN 978-84-9876-547-2 Tomo II).

VILATA MENADAS, Salvador. "Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero. (Comentario a la STC, 151/2002, de 15 de julio de 2002)." En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 2002*. Navarra, Editorial Aranzadi, Tomo III (Setiembre-Diciembre), 2003.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios.* Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2010 (ISBN 978-84-9903-654-0).

VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P. "Derecho penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura." En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6314, Sección Doctrina, 8 de septiembre de 2005. Disponible en: laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos." En: *Revista General de Derecho*

Penal. N° 6, noviembre 2006 (ISSN-e 1698-1189). Disponible en: http://www.iustel.com (consulta hecha el 15 de septiembre de 2012).

- "El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?" En: *Diario La Ley*. Editorial La Ley, N° 6643, Sección Doctrina, Año XXVIII, 2 de febrero de 2007. Disponible en: http://laleydigital.laley.es (consulta hecha por última vez el 26 de junio de 2012).

- "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas." En: *Revista Penal*, N° 19, 2007 (ISSN 1138-9168). Disponible en: http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/312/303 (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

- "Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal." En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* N° 13-02, 2011 (ISSN 1695-0194). Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*. Madrid, Editorial Dykinson, 1996 (ISBN 84-8155-188-0).

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado". En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II)*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006 (ISSN 1134-9670 ISBN-10:84-96518-85-X ISBN-13: 978-84-96518-85-8).

- "El comiso de bienes." En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords.). *Corrupción y delincuencia económica.* Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2008 (ISBN 978-958-8381-48-0).

- "Artículo 301." En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

- "Previo Sección 2°". En: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código penal.* Valladolid, Lex Nova, S.A.U., 2010 (ISBN 978-84-9898-140-7).

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)." En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.* Navarra, Editorial Aranzadi S.A., 2001 (ISBN 84-8410-608-X).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal.* Granada: Editorial Comares, 2009 (ISBN 978-84-9836-479-8).

– "Lección 17. Las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad penal." En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal.* Madrid, Iustel, Tomo I, 2010 (ISBN 978-84-9890-123-8 Tomo I; 978-84-9890-121-4 Obra completa).

JURISPRUDENCIA

TJCE

STJCE N° C-176/03 del 13 de septiembre de 2005.

TEDH

Caso Agosi contra Reino Unido. Sentencia de 24 de octubre de 1986. TEDH 1986\13.
Caso Salabiaku contra Francia. Sentencia de 7 de octubre de 1988. TEDH 1988\20.
Caso Welch contra Reino Unido. Sentencia de 9 de febrero de 1995. TEDH 1995\5.
Caso Air Canadá contra Reino Unido. Sentencia de 5 de mayo de 1995. TEDH 1995\15.
Caso Jamil contra Francia. Sentencia de 8 de junio de 1995. TEDH 1995\20.
Caso John Murray contra Reino Unido. Sentencia de 8 de febrero de 1996. TEDH 1996\7.
Caso Condron contra Reino Unido. Sentencia de 2 de mayo de 2000. TEDH 2000\129.
Caso Quinn contra Irlanda. Sentencia de 21 de diciembre de 2000. TEDH 2000\169.
Caso J. B. contra Suiza, sentencia de 3 de mayo de 2001. TEDH 2001\322.
Caso Phillips contra Reino Unido. Sentencia de 5 de julio de 2001. TEDH 2001\435.
Case of Geerings v. The Netherlands. STEDH de 1 de junio de 2007. Disponible en: http://cmiskp.echr.coe.int (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).
Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido. Sentencia de 23 de septiembre de 2008. TEDH 2008\61.
Caso Krumpholz contra Austria. Sentencia de 18 de marzo de 2010. TEDH 2010\52.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

SENTENCIAS

6 de abril de 1962 (RA 1820/1962).
5 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4780).
13 julio 1985 (RJ 1985\4097).
2 octubre 1991 (RJ 1991\6977).
2473/1992 de 12 de noviembre.
659/1993 de 22 de marzo.
16 de junio de 1993 (RJ 1993\5160).
1992/1993 de 15 de septiembre.

1285/1994 de 21 de junio.
1375/1994 de 4 de julio.
244/1995 de 23 de febrero.
430/1995 de 22 de marzo.
522/1995 de 6 de abril.
1216/1995 de 29 de noviembre.
91/1996 de 7 de febrero.
56/1997 de 20 de enero.
594/1997 de 28 de abril.
1081/1997 de 23 de julio.
1/1997 de 28 de octubre.
227/1998 de 23 de febrero.
688/1998 de 26 de mayo.
1370/1998 de 16 de noviembre.
1240/1998 de 27 de noviembre.
398/1999 de 11 de marzo.
1842/1999 de 28 de diciembre.
195/2000 de 16 de febrero.
536/2000 de 27 de marzo.
543/2000 de 27 de marzo.
613/2000 de 10 de abril.
1184/2000 de 26 de junio.
1998/2000 de 28 de diciembre.
418/2001 de 12 de marzo.
20/2001 de 28 de marzo.
599/2001 de 10 de abril.
762/2001 de 30 de abril.
234/2001 de 3 de mayo.
1717/2001 de 27 de septiembre.
2029/2001 de 6 de noviembre.
468/2002 de 15 de marzo.
694/2002 de 15 de abril.
633/2002 de 21 de mayo.
998/2002 de 3 de junio.
1349/2002 de 19 de julio.
867/2002 de 29 de julio.
1528/2002 de 20 de septiembre
1555/2002 de 30 de septiembre.
157/2003 de 5 de febrero.
198/2003 de 10 de febrero.
160/2003 de 24 de febrero.
343/2003 de 7 de marzo.
423/2003 de 17 de marzo.
928/2003 de 27 de junio.
1030/2003 de 15 de julio.
1592/2003 de 25 de noviembre.
1595/2003 de 29 de noviembre.

1679/2003 de 10 de diciembre.
475/2004 de 7 de abril.
883/2004 de 9 julio.
916/2004 de 16 de julio.
987/2004 de 13 de septiembre.
1002/2004 de 16 de septiembre.
1074/2004 de 18 de octubre.
9/2005 de 10 de enero.
33/2005 de 19 de enero.
415/2005 de 23 de marzo.
1040/2005 de 20 de septiembre.
1142/2005 de 20 de septiembre.
1103/2005 de 22 de septiembre.
94/2006 de 10 de febrero.
297/2006 de 6 de marzo.
392/2006 de 6 de abril.
952/2006 de 6 de octubre.
1012/2006 de 19 de octubre.
1146/2006 de 22 de noviembre.
77/2007 de 7 de febrero.
186/2007 de 15 de febrero.
202/2007 de 20 de marzo.
314/2007 de 25 de abril.
450/2007 de 30 de mayo.
483/2007 de 4 de junio.
859/2007 de 24 de octubre.
844/2007 de 31 de octubre.
99/2008 de 6 de febrero.
397/2008 de 1 de julio.
503/2008 de 17 de julio.
798/2008 de 12 de noviembre.
32/2009 de 7 de enero.
16/2009 de 27 de enero.
139/2009 de 24 de febrero.
231/2009 de 5 de marzo.
374/2009 de 10 de marzo.
324/2009 de 27 de marzo.
364/2009 de 8 de abril.
480/2009 de 22 de mayo.
686/2009 de 18 de junio.
1088/2009 de 26 de octubre.
1274/2009 de 18 de diciembre.
55/2010 de 26 enero.
569/2010 de 8 de junio.
753/2010 de 19 de julio.
911/2010 de 21 de octubre.
1148/2010 de 12 de diciembre.

11/2011 de 1 de febrero.
447/2011 de 25 de mayo.
547/2011 de 26 de mayo.
640/2011 de 21 de junio.
1044/2011 de 11 de octubre.
223/2012 de 20 marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

SENTENCIAS

31/1981 de 28 de julio.
62/1982 de 15 de octubre.
77/1983 de 3 de octubre.
174/1985 de 17 de diciembre.
169/1986 de 22 de diciembre.
107/1989 de 8 de junio.
145/1990 de 1 de octubre.
106/1993 de 22 de marzo.
205/1994 de 11 de julio.
123/1995 de 18 de julio.
92/1997 de 8 de mayo.
136/1999 de 20 de julio.
151/2002 de 15 de julio.
155/2002 de 22 de julio.
43/2003 de 3 de marzo.
135/2003 de 30 de junio.
263/2005 de 24 de octubre.
61/2005 de 14 de marzo.
219/2006 de 2 de julio.
220/2006 de 3 de julio.

AUTOS

125/2004 de 19 de abril.

JURISPRUDENCIA DE COSTA RICA

SALA CONSTITUCIONAL

1877/1990 de 19 de diciembre.
1739/1992 de 1 de julio.
5447/1995 de 4 de octubre.
5326/1998 de 24 de julio.
4638/1999 de 16 de junio.
5730/2001 de 27 de junio.
8565/2001 de 28 de agosto.

9376/2001 de 19 de septiembre.
12213/2001 de 28 de noviembre.
132/2002 de 16 de enero.
1466/2002 de 13 de febrero.
8265/2003 de 6 de agosto.
5301/2005 de 4 de mayo.
18486/2007 de 19 de diciembre.
16202/2010 de 28 de septiembre.
7783/2011 de 15 de junio.
9400/2011 de 20 de julio.

SALA PRIMERA (CIVIL)

712/2005 de 26 de septiembre.

SALA TERCERA (PENAL)

529/1994 de 12 de diciembre.
679/1996 de 8 de noviembre.
821/1996 de 23 de diciembre.
96/1997 de 7 de febrero.
289/1997 de 4 de abril.
74/1998 de 23 de enero.
770/1999 de 25 de junio.
1217/1999 de 24 de setiembre.
1522/1999 de 26 de noviembre.
290/2000 de 17 de marzo.
848/2000 de 31 de julio.
959/2000 de 25 de agosto.
40/2001 de 12 de enero.
512/2001 de 31 de mayo.
743/2001 de 27 de julio.
789/2001 de 20 de agosto.
175/2002 de 28 de febrero.
368/2002 de 26 de abril.
1323/2002 de 20 de diciembre.
1051/2003 de 21 de noviembre.
24/2004 de 23 de enero.
479/2004 de 14 de mayo.
545/2004 de 21 de mayo.
596/2004 de 28 de mayo.
1209/2004 de 22 de octubre.
1341/2004 de 26 de noviembre.
191/2005 de 18 de marzo.
548/2005 de 3 de junio.
888/2005 de 17 de agosto.
1013/2005 de 2 de setiembre.

1204/2005 de 26 de octubre.
1216/2005 de 26 de octubre.
1273/2005 de 14 de noviembre.
1417/2005 de 7 de diciembre.
41/2006 de 27 de enero.
420/2006 de 12 de mayo.
712/2006 de 7 de agosto.
787/2006 de 23 de agosto.
791/2006 de 23 de agosto.
863/2006 de 8 de setiembre.
599/2007 de 31 de mayo.
728/2007 de 20 de julio.
250/2009 de 13 de marzo.
139/2011 de 16 de febrero.
382/2011 de 8 de abril.
499/2011 de 11 de mayo.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE CARTAGO

113/2009 de 3 de abril.
2010/2010 de 14 de abril.
236/2010 de 9 de julio.
265/2010 de 10 de agosto.
250/2010 de 3 de octubre.
176/2011 de 10 de junio.
198/2011 de 30 de junio.
207/2011 de 21 de julio.
331/2011 de 4 de noviembre.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN

26/2010 del 26 de enero.
155/2010 de 16 de abril.
302/2010 de 6 de agosto.
127/2011 de 8 de abril.
138/2011 de 15 de abril.

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN JOSÉ

462/1996 de 16 de agosto.
233/1997 de 21 de marzo.
622/1998 de 17 de septiembre.
76/2000 de 28 de enero.
629/2000 de 14 de agosto.
632/2000 de 14 de agosto.
92/2001 de 26 de enero.
231/2001 de 16 de marzo.

542/2001 de 20 de julio.
185/2002 de 1 de marzo.
864/2002 de 17 de octubre.
116/2003 de 13 de febrero.
757/2003 de 5 de agosto.
1073/2003 de 24 de octubre.
101/2004 de 12 de febrero.
117/2004 de 12 de febrero.
1238/2004 de 1 de diciembre.
463/2005 de 25 de mayo.
884/2005 de 8 de septiembre.
802/2006 de 9 de agosto.
1241/2006 de 24 de noviembre.
991/2008 de 30 de septiembre.
1016/2008 de 9 de octubre.
587/2010 de 28 de mayo.
637/2010 de 9 de junio.
1009/2010 de 31 de agosto.
825/2010 de 27 de octubre.
1334/2010 de 12 de noviembre.
1338/2010 de 12 de noviembre.
103/2011 de 28 de enero.
136/2011 de 2 de febrero.
1126/2011 de 30 de agosto.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIAS DE CARTAGO

371/2011 de 16 de diciembre.

NORMATIVA

NORMATIVA SUPRANACIONAL

Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. DOUE N° L 333, 09 de diciembre de 1998.

Acción común 98/733/JAI, 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. DOCE N° L 351, 29 de diciembre de 1998.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 270, 10 de noviembre de 1990.

Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Instrumento de Ratificación publicado en el BOE N° 171, 19 de julio de 2006.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 233, 29 de septiembre de 2003.

Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 252, 21 de octubre de 1998.

Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 155, 26 de junio de 2010.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Instrumento de ratificación por parte de España, BOE N° 243 de 10 de octubre de 1979.

Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. DOCE N° L 182, 5 de julio de 2001.

Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. DOCE L 164 de 22 de junio de 2002.

Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. DOUE N° L 68, 15 de marzo de 2005.

Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. DOUE N° L 328, 24 de noviembre de 2006.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. DOUE N° L 300 de 11 de noviembre de 2008.

Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. DOUE N° L 81 de 27 de marzo de 2009.

Protocolo adicional al CEDH. Disponible en: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal. Real Decreto-Ley de 8 de setiembre de 1928. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1928.

Código Penal reformado con arreglo en las bases establecidas en la Ley de 8 de setiembre de 1932. Gaceta de Madrid, N° 310, 5 de noviembre de 1932.

Biblioteca Oficial Legislativa. Código Penal de 1870. Ley de 27 de octubre de 1932, reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de setiembre de 1932. Madrid, Editorial Reus S.A., Vol. XC, 1932.

Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, N° 13, 13 de enero de 1945.

Código Penal, Texto revisado de 1963, modificado por Ley 3/1967, de 8 de abril. Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Boletín Oficial del Estado, 1970 (Sin ISBN).

Código Penal, Texto refundido, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Madrid, Editorial García Enciso, 1974.

Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea. BOE N° 311 de 28 de diciembre de 1964.

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. BOE N° 187, 6 de agosto de 1970.

Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios. BOE N° 298 de 13 de diciembre de 1979.

Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE N° 12 de 14 de enero de 1999.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE N° 7, 8 de enero de 2000.

Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. BOE N° 129, 30 de mayo de 2003.

Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales. BOE N° 134, 6 de junio de 2006.

Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso. BOE N° 61, 11 de marzo de 2010.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid, N° 280, 7 de octubre de 1882.

Ley Hipotecaria. Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE N° 58, 27 de febrero de 1946.

LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. BOE N° 152, 27 de junio de 1983.

LO 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. BOE N° 296, 11 de diciembre de 1985.

LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. BOE N° 74, 26 de marzo de 1988.

LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE N° 148, 22 de junio de 1989.

LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. BOE N° 308, 24 de diciembre de 1992.

LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia. BOE N° 307, 24 de diciembre de 1994.

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 281, 24 de noviembre de 1995.

LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. BOE N° 297 de 13 de diciembre 1995.

LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 283, 26 de noviembre de 2003.

LO 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE N° 134, 6 de junio de 2006.

LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial. BOE N° 288, 1 de diciembre de 2007.

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE N° 152, 23 de junio de 2010.

LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. BOE N° 156, 1 de julio de 2011.

Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción. BOE N° 294 de 08 de diciembre de 1976.

Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas. BOE N° 55 de 05 de marzo de 1993.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE N° 276, 16 de noviembre de 2011.

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL

FGE. Consulta 2/1986 de 21 de marzo, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal. Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 1/2002 de 19 de febrero, *sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*. Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular N° 1/2005, sobre aplicación de la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (segunda parte). Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular N° 2/2005 de 31 de marzo, sobre la Reforma del Código Penal en relación con los Delitos de Tráfico Ilegal de Drogas. Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 4/2010, *Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*. Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 7/2011, de 16 de noviembre de 2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Medio Ambiente y Urbanismo. Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

FGE. Circular 10/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial*. Disponible en: http://www.fiscal.es (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

OTRAS DISPOSICIONES

Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 (DOCE N° C 251 de 15 de agosto de 1997).

Plan de Prevención y Control de la Delincuencia Organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio. DOCE N° C 124 de 03 de mayo de 2000.

LEGISLACIÓN DE COSTA RICA

Código Civil. Ley N° 63 de 28 de setiembre de 1887. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=86586&strTipM=TC (consulta hecha por última vez el 30 de agosto de 2012).

Código General de la República de Costa Rica, emitido en 30 de julio de 1841. Nueva York, Imprenta de Wynkoop, Hallenbeck y Thomas, 2° edición anotada, adicionada y corregida, conforme a las leyes vigentes posteriores hasta el 31 de diciembre de 1857, 1858.

Código Penal de la República de Costa Rica, emitido por el Consejo Nacional, a iniciativa del Poder Ejecutivo y sancionado por éste el 27 de abril de 1880. San José, Imprenta Nacional, 1880.

Código Penal de 1924, de la República de Costa Rica. San José, Trejos Hermanos Editores, 1924.

Código Penal de 1941. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij/ (consulta hecha por última vez el 31 de agosto de 2012).

Código Penal de 1970. Ley N° 4573 de 4 de mayo de 1970. La Gaceta N° 257 de 15 de noviembre de 1970. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij/ (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Código Procesal Civil de Costa Rica. Ley No. 7130 de 21 de julio de 1989, publicado en La Gaceta No. 208 de 3 de noviembre de 1989.

Código Procesal Penal. Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996. La Gaceta N° 106 de 4 de junio de 1996. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij/ (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. Disponible en: http://www.pgr.go.cr/Scij (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley de Distribución de bienes confiscados o caídos en comiso. Ley N° 6106 de 7 de noviembre de 1977. Colección de Leyes y Decretos, II semestre de 1977, Tomo 3. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Ley N° 8204 del 26 de diciembre de 2001. La Gaceta N° 8 de 11 de enero de 2002. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij/ (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley contra la delincuencia organizada. Ley N° 8754 de 22 de julio de 2009. La Gaceta N° 143 de 24 de julio de 2009. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij/ (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Ley de creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal. Ley N° 8837 del 3 de mayo de 2010. Alcance N° 10-A a La Gaceta N° 111 de 9 de junio de 2010. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij/ (consulta hecha por última vez el 23 de agosto de 2012).

Reglamento de la Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Decomisados, Decreto Ejecutivo N° 8539 del 25 de abril de 1978. La Gaceta N° 102 de 30 de mayo de 1978. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

Reglamento de la Ley de Distribución de Bienes Confiscados o Decomisados. Decreto Ejecutivo N° 26132 de 8 de junio de 1997. La Gaceta N° 131 de 9 de julio de 1997. Disponible en http://www.pgr.go.cr/Scij (consulta hecha por última vez el 9 de julio de 2012).

LEGISLACIÓN DE OTROS PAÍSES

ALEMANIA

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1084) geändert worden ist. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/ (consulta hecha por última vez el 1 de mayo de 2012).

German Civil Code. BGB. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0289 (consulta hecha por última vez el 27 de marzo de 2012).

German Criminal Code. Translation provided by Prof. Dr. Michael Bohlander. © 2011 juris GmbH, Saarbrücken. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212) geändert worden ist. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/ (Consulta hecha por última vez el 18 de mayo de 2012).

Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 30 des Gesetzes vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044) geändert worden ist. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/ (consulta hecha por última vez el 18 de mayo de 2012).

BRASIL

Código Penal de Brasil. Decreto-Lei N° 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponible en: http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-brasil.pdf (consulta hecha por última vez el 1 de septiembre de 2012).

ITALIA

Codice penale. Disponible en: http://www.altalex.com/index.php?idnot=36763 (consulta hecha por última vez el 16 de abril de 2012).

Legge 13 febbraio 2001, n. 45. "Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonchè disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza." Disponible en: http://www.camera.it/parlam/leggi/01045l.htm (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Legge 13 settembre 1982, n. 646. Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia. Disponible en: http://www.normattiva.it (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Legge 31 maggio 1965, n. 575, denominada Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere. Disponible en: http://www.normattiva.it (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Legge 7 agosto 1992, n. 356. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalita' mafiosa. Disponible en: http://www.normattiva.it (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

PORTUGAL

Código Penal Português. Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_10.pdf (consulta hecha por última vez el 26 de abril de 2011).

Lei N° 5/2002, de 11 de Janeiro. Medidas de combate à criminalidade organizada. Disponible en http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

SUIZA

Código Penal del 21 de diciembre de 1937. Texto disponible en italiano en: http://www.admin.ch/ch/i/rs/311_0/ (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Código Procesal Penal del 5 de octubre de 2007. Texto disponible en italiano en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=270815 (consulta hecha por última vez el 16 de septiembre de 2012).

COLOMBIA

Colombia. Ley de Extinción de Dominio N° 793 de 27 de diciembre de 2002. Diario Oficial N° 45046 de 27 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0793_2002.html (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

REINO UNIDO

Drug Trafficking Offences Act 1986. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/32/section/1/enacted (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Proceeds of Crime Act 2002. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/contents (consulta hecha por última vez el 8 de septiembre de 2012).

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ley Federal de Extinción de Dominio de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFED.pdf (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

PERÚ

Perú. Decreto que regula el proceso de pérdida de dominio. Decreto Legislativo 992, de 22 de julio de 2007. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PE/decreto_legislativo_992.pdf (consulta hecha por última vez el 9 de septiembre de 2012).

OTROS

Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo. *Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices. Tomo II. Actas.* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973 (Sin ISBN).

Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Ley modelo sobre extinción de dominio.* Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/default_SPA.asp (consulta hecha por última vez el 16 de septiembre de 2012).

United Nations Office on Drugs and Crime. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report.* 2011. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf (consulta hecha por última vez el 5 de septiembre de 2012).

United Nations Office on Drugs and Crime. *The Globalization of Crime. A Transnational Organized Crime Threat Assessment.* 2010. Disponible en: http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/tocta-2010.html (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Council of Europe. *Organised crime situation report 2005. Focus on the threat of economic crime.* Strasbourg, 2005. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/organisedcrime/Report2005E.pdf (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

EUROPOL. *2005 European Union Organised Crime Situation Report.* The Hague, 2005. Disponible en: http://www.statewatch.org/news/2005/oct/europol-org-crim-public.pdf (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Informes sobre la actividad del Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Informes correspondientes a los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. Facilitados por MONTERO DURÁN, Luis. Jefe de Área. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

FARALDO CABANA, Patricia. Intervención en el *XXIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca*. Mesa denominada "La reforma de los distintos tráficos ilícitos: criminalidad organizada, tráfico de personas y el nuevo delito de trata de seres humanos". 25 de marzo de 2011.

Conclusiones de la Presidencia, *Consejo Europeo de Tampere,* 15 y 16 de octubre de 1999. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

MORA, Miguel; IRUJO, José María. "El niño mimado saquea Guinea." En: *Diario El País*, 4 de marzo de 2012. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/03/04/actualidad/1330833751_310526.html (consulta hecha por última vez el 4 de marzo de 2012).

"Ataque terrorista en Londres." El País. http://www.elpais.com/comunes/2005/londres/ (consulta hecha por última vez el 20 de abril de 2012).

ESCRIVÁ, Ángeles. "ETA anuncia el cese definitivo de su 'actividad armada'". En: *El Mundo*, 20 de octubre de 2011. Disponible en: http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/19/espana/1319034890.html (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Entrevista a Francisco Caamaño, Ministro de Justicia. Publicada en *Diario La Ley. Especial Reforma del Código Penal.* Editorial La Ley, N° 7534, Sección Tribuna, jueves 23 de diciembre de 2010, Año XXXI (ISSN 1138-9907)

"Álem saca provecho todavía a bodega donde almacenó droga." En: *La Nación*. 18 de febrero de 2012. Disponible en: .nacion.com/2012-02-18/Sucesos/Alem-saca-provecho-todavia-a--bodega-donde-almaceno-droga-.aspx (consulta hecha por última vez el 18 de febrero de 2012).

SIU LANZAS, María. "10 familias controlan contrabando de licor." En: *Diario Extra*, viernes 17 de febrero de 2012. Disponible en: http://www.diarioextra.com/2012/febrero/17/nacionales10.php (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española.* 22° edición. Disponible en http://rae.es/rae.html (consulta hecha por última vez el 10 de septiembre de 2012).

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

El decomiso del producto del delito

GUILLERMO, Jorge. “El decomiso del producto del delito”. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

El decomiso del producto del delito[1]

Guillermo Jorge

1. Introducción

La noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. En la antigüedad, el decomiso de bienes en favor del Estado cumplió un rol importante en este sentido. Paralelamente a los decomisos ligados a ideas religiosas expiatorias[2], los delitos cometidos con fines de lucro usualmente eran castigados con decomisos proporcionales al enriquecimiento producido.

Excepcionalmente, para algunos delitos como la "la alta traición", el decomiso era una de las consecuencias de la pena de "*degradación cívica*"[3], que implicaba la pérdida de todos los derechos civiles, incluyendo el de propiedad. Los normandos introdujeron tanto en el derecho sajón como en el derecho continental el decomiso de bienes basado en la idea de la "*corrupción de la sangre*", por el que se privaba de la totalidad del patrimonio a todo condenado por delitos graves[4]. Los abusos de esta figura para aumentar las rentas fiscales de las monarquías no tardarían en proliferar, como tampoco las disputas con la nobleza sobre el destino de los bienes decomisados[5].

---

[1] Este artículo pertenece al capítulo 3 del libro *Recuperación de Activos de la Corrupción*, de Guillermo Jorge, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

[2] Las reglas del "deodand" del derecho inglés, fuente de los actuales decomisos *in rem*, regulaba qué bienes debían ser ofrendados a Dios para expiar la ofensa con independencia del hecho de que los titulares de tales bienes hubieran sido condenados. Cfr. Williams B. F. y Whitney, F. D, "Federal Money Laundering. Crimes and Forfeitures", Lexis Law Publishing, 1999, pp. 366 y ss.

[3] La pena de "attainder" en el derecho inglés, incluía la pérdica de todos los bienes. Blackstone lo justificaba asíÑ "aquel que ha violado los principios fundamentals del gobierno, y quebrado sup arte del contrato original entre el Rey y el pueblo, ha abandonado su conexión con la sociedad, y no posee más derecho a obtener ventajas de esa conexión, a las que tenía derecho únicamente como miembro de la comunidad: entre esas ventajas sociales, el derecho de transferir y transmitir propiedad a otros es uno de los principales. Cfr. Blackstone, "Commentaries to the Laws of England" Libro 4to, Capítulo XX. Disponible en http://www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/bk4ch29 htm (consultado el 15 de abril de 2008).

[4] La corrupción de la sangre implicaba tanto la prohibición de transmitir propiedad como de heredarla. Blackstone calificaba estos decomisos "Esta es una de esas nociones que nuestras leyes han adoptado de las constituciones feudales, durante la conquista Normanda; y que es totalmente desconocida en las posesiones o en las divisiones de herencia indiscutiblemente Sajonas… De acuerdo al antiguo derecho inglés, sólo en casos de traición la tierra era decomisada en favor del Rey, pero no había corrupción de la sangre, ni impedimentos para los descendientes; y en los juicios por delitos menores, no había decomisos a favor de los Barones. Por lo tanto, como toda otra marca opresiva quees acutalmente desterrada de estos reinos, es esperable que la corrupción de la sangre, y todas las consecuencias que conlleva, no sólo en relación con los decomisos sino también en relación con la capacidad de heredar las futuras generaciones, sea oportunamente abolida por un acto del Parlamento. Cfr. *ibidem*.

[5] Cfr. Foucault, M., "Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France (1977-1978), Fondo de Cultura Económica, 2006.

Con la llegada de la modernidad aumentó la desconfianza hacia el decomiso como sanción penal. Los abusos de la confiscación ejecutiva y desproporcionada crearon en la ascendente burguesía el temor de que continuara siendo usado para producir masivas transferencias de propiedad. Por ello, una de las formas en las que se manifestó la protección de la propiedad privada que defendió el liberalismo del S. XVIII, incluyó fuertes limitaciones al uso del derecho penal para estos fines. Las transferencias de propiedad de los particulares hacia el Estado quedaron restringidas a la expropiación basada en una ley que declarara su utilidad pública y con la posibilidad de que un tribunal revisara la adecuación de la compensación establecida[6]. Varias constituciones liberales siguieron este camino.[7]

De este modo, el decomiso como sanción penal quedó limitado a los instrumentos del delito y a los objetos del delito.

El decomiso de los instrumentos del delito —*instrumentum sceleris*— asocia *físicamente* los objetos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los objetos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. El decomiso de los instrumentos del delito es

[6] Declaración de los derechos y deberes del hombre, art. 17

[7] Cfr Constitución de los Estados Unidos, Artículo III, Sección 3, cl. 2, "*El Congreso estará facultado para fijar la pena que corresponda a la traición; pero ninguna sentencia por causa de traición podrá privar del derecho de heredar o de transmitir bienes por herencia, ni producirá la confiscación de sus bienes más que en vida de la persona condenada*". El art. 17 de la Constitución Argentina, que consagra la propiedad privada, dice textualmente que "*la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino*". El art. 33 de la Constitución de Ecuador prohíbe toda confiscación. El art. 106 de la Constitución de la República de El Salvador: "*…prohíbe la confiscación ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles*". El art. 41 de la Constitución de Guatemala prohíbe la confiscación de bienes y la imposición de multas confiscatorias. El art. 105 de la Constitución de Honduras "*…prohíbe la confiscación de bienes. La propiedad no puede ser limitada en forma alguna por causa de delito político. El derecho de reivindicar los bienes confiscados es imprescriptible*". El art. 44 de la Constitución de Nicaragua "*…prohibe la confiscación de bienes*.". El art. 20 de la Constitución de Paraguay prohíbe la pena de confiscación. El art. 8 de la Constitución de la República Dominicana establece que "*No podrá imponerse la pena de confiscación general de bienes por razones de orden político*". El art. 30 de la Constitución de Panamá y el art. 22 de la Constitución de México prohiben la confiscación de bienes. Sin embargo, en la Constitución de este último páis no se considera confiscación: "*La aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito…; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales este se conduzca como dueño, si no acredita la legitima procedencia de dichos bienes*".

generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado[8] y que sólo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado.

El decomiso de los "objetos" del delito, *objetum sceleris*, se refiere en cambio a los bienes que resultan de la propia conducta delictiva —el documento público falsificado, las sustancias prohibidas, el pasaporte falsificado, etc-. Tales objetos son normalmente destruidos *con independencia de la culpabilidad o inocencia de su titular*, o los derechos de terceros, lo que muestra que el fundamento de estos decomisos es de naturaleza preventiva. Este tipo de decomiso opera *in rem*, es decir, sin importar quién es el propietario o tenedor de los bienes.

En los últimos 20 años, la acumulación de capital generada por algunos mercados ilícitos[9], alcanzó tales proporciones[10] que, como se explicó en el Capítulo 1, dio lugar al nacimiento de una nueva forma de decomiso, el decomiso del producto del delito, que se ha convertido en la pieza central de la estrategia globalmente aceptada para reducir los mercados ilícitos y "proteger" la economía lícita.

El desarrollo ha sido progresivo pero veloz. La ley R.I.C.O.[11] introdujo el concepto en los Estados Unidos en los años 70, y lo extendió al criminalizar el lavado de activos en 1986. A fines de los 80s, en plena internacionalización de la "guerra contra las

---

[8] Algunos autores describen el decomiso de los instrumentos como una medida preventiva. Cfr. Stessens, Guy, "Money Laundering. A New International Law Enforcement Model", Ed. Cambridge University Press, 2000, pp. 45..

[9] El concepto de "mercados ilícitos" denota la producción de bienes y servicios que están fuera del comercio legítimo. Estas conductas producen intercambios consensuados entre múltiples actores, generan riqueza. Los estupefacientes, los servicios de migración ilegal, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas son los ejemplos clásicos. A diferencia de los delitos contra la propiedad, que también se cometen con fines de lucro, estos delitos son consensuados y no producen víctimas individuales. Cfr. Naylor, R., "Wages of crime: Black Markets, Illegal Finance, and the Underworld Economy", New York: Cornell University Press, 2002.

[10] Aunque las estimaciones son ampliamente discutidas, las Naciones Unidas estimaron en 1991 que el mercado de estupefacientes generaba alrededor de u$s 500.000 millones anuales. Recientemente, que la corrupción pública genera más de USD 1 billón, cfr. http://www.unodc.org/newsletter/200601/page004 html). La Organización Internacional para las Migraciones, estimó en 3500 milones de dólares anuales las ganancias del tráfico de migrantes (ver "Organized crime moves into migrant trafficking", *Trafficking in Migrants: Quarterly Bulletin*, junio de 1996). En cuanto al tráfico de armas, el Oxford Committee for Famine Relief, en "Up in Arms: Controlling the International Trade in Small Arms", julio de 2001, p. 2, estimó en 500 millones la cantidad de armas livianas en circulación.

[11] "Racketeer Influenced and Corrupt Organizations", introducida en 1970 al 18 USC 96. Las sanciones penales de decomiso del producto del delito están descriptas en la Sección § 1963.

drogas", la Convención de Viena introdujo el decomiso del producto del delito como herramienta para reducir el narcotráfico[12]. Por es vía se introdujo en la mayoría de las legislaciones y, en los últimos años, su alcance se fue ampliando a prácticamente todos los delitos que producen ganancias. Desde 2000, la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional requiere de los Estados Parte que adopten, "*en la medida en que* lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso". Similares expresiones fueron incluidas en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y en la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002. En 2003, la UNCAC extendió la obligación internacional requiriendo que a los Estados Partes la adopción "*en el mayor grado en que* lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso"[13].

En menos de 20 años, más de 130 países han introducido en sus legislaciones **el decomiso del "producto" del delito** es decir, el decomiso de *"los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito"*[14], como una pieza central de sus políticas para reducir no solamente la criminalidad organizada sino toda la gama de delitos que se comete con fines de lucro.

Sin perjuicio de esta sorprendente expansión formal, no es de extrañar que la reintroducción del decomiso en el derecho penal haya originado múltiples debates. Algunos autores han sostenido que más que una herramienta eficaz para "reducir" desarticular organizaciones delictivas promueve su reproducción. Se argumenta que, si fuera efectivo, el decomiso devolvería a los autores a la situación de pobreza que, muchas

[12] Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

[13] Como antecedente puede citarse la Conferencia Ministerial Concerniente al Lavado de de Dinero e Instrumentos del delito (Buenos Aires, Argentina, 2 de Diciembre de 1995) en la Cumbre de las Américas se consideró que "2. Las medidas para facilitar la prevención, la investigación y el enjuiciamiento del lavado de dinero deberían ser ejecutadas por todos los Gobiernos. A los que cometen tales delitos debe privárseles del uso del producto y las ganancias de sus actividades ilícitas, así como los bienes utilizados para ejecutarlas. Por consiguiente, deberían dictarse y revisarse las leyes, los reglamentos y otras normas para enfrentar este delito y facilitar de una manera eficaz la identificación, la incautación y el decomiso del producto y los instrumentos, como respuesta a la investigaciones nacionales e internacionales". También debe tenerse en cuenta la influencia de las Recomendaciones del GAFI desde los ´90.

[14] UNCAC, 2.

veces, es la que los impulsó originalmente a incursionar en el mercado ilícito[15].El argumento, que cuenta con atendibles bases empíricas para ser sostenido en relación con algunos mercados ilícitos, como los estupefacientes[16], rara vez puede ser aplicado a los delitos de corrupción pública, donde los actores regularmente no provienen de una situación de marginalidad social.

En cada país, la cultura jurídica, la historia política reciente y la interpretación de reglas constitucionales juegan un rol importante en la implementación del decomiso del producto del delito que, por cierto, no ha sido uniforme.

El propósito de este capítulo es brindar un panorama de los modelos predominantes y de los principales debates que se generan alrededor de esta nueva herramienta.

2. Decomiso penal (*in personam*) y decomiso civil (*in rem*)

Uno de los debates más relevantes, por las consecuencias prácticas que se derivan de él, es el relativo a si el decomiso del producto del delito debe necesariamente ser regulado como una sanción penal (*in personam*) o si es admisible regularlo como una acción real (*in rem*), que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal.

En el primer caso, si el decomiso del producto, por sus características, sólo puede ser regulado como una pena, debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En particular, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso sólo podría ser aplicado por un tribunal de justicia, el imputado tendría siempre derecho de recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, la prohibición de juicios *in absentia* impediría el decomiso frente a casos de fuga, el decomiso se dificultaría frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

[15] Ver Naylor, R. T., "Wash out: A critique of follow-the-money methods in crime control policy", Crime, Law & Social Change 32: 1-57, Países Bajos, 1999, ps. 11 y ss.

[16] Ver, entre muchos otros, los trabajos de Youngers, C. y Rosin, E (eds.), "Drugs and democracy in Latin America. The impact of U.S. Policy", Lynne Rienner Publishers, Londres, 2005; Bertram, E., Blachman, M., Sharpe, K. y Andreas, P. "Drug War Politics: The Price of Denial", Berkeley: University of California Press, 1996; MacCoun, R. J. y Reuter, P., "Drug War Heresies: Learning from Other Vices, Times & Places", Cambridge:Cambridge University Press, 2001.

En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sujetado a los estándares probatorios, y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado; el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera..

Originalmente, el decomiso del producto del delito ha sido tratado como una sanción penal en todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, diversas dificultades probatorias, como las relativas al origen -lícito o ilícito-, o a la "la titularidad" -tanto frente a casos de testaferros como de vehículos corporativos registrados en jurisdicciones *offshore*- llevaron a varios países, tanto de tradición anglosajona como continental, a idear regímenes de decomiso del producto de actividades ilícitas bajo procedimientos *in rem*, que operan bajo estándares administrativos.

La compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal fue examinada en varias oportunidades, y desde diferentes ángulos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La lectura de sus sentencias parece indicar que, lejos de tratarse de una dicotomía insalvable sobre "la naturaleza" del decomiso del producto del delito, existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales.

La discusión es especialmente importante en América Latina, donde muchas legislaturas están considerando proyectos legislativos para admitir decomisos "*in rem*" o civiles, bajo el rótulo de leyes de "*extinción del dominio*"[17]

[17] El nombre proviene de la legislación colombiana, donde la extinción del dominio fue establecida en la Constitución en 1936 y 1991 y es actualmente regulada por la ley 793, ver infra 4. La meta 14 de la estrategia contra el lavado de activos de 2005 de Brasil fue la elaboración de un proyecto de ley de extinción del dominio, actualmente en discusión parlamentaria. En marzo de 2008, un proyecto apoyado por la Procuraduría del Estado, la Fiscalía, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y la Secretaría Nacional Anticorrupción, entre otros, fue presentado a la Asamblea Constituyente con una propuesta de extinción del dominio para bienes vinculados con hechos de corrupción, narcotráfico y otras actividades ilícitas. En Panamá a fin de 2006, el Ministerio Público presentó un anteproyecto de extinción del dominio para hechos de enriquecimiento ilícito, lavado de dinero, secuestro, extorsión y proxenetismo. En marzo de 2007, el Presidente mexicano Felipe Calderón Hinojosa presentó un proyecto de ley estableciendo un régimen de extinción del dominio. En la Argentina, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica elaboró un proyecto de ley que contiene una acción "*in rem*".

3. El decomiso del producto del delito en el proceso penal

En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como en Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que "el crimen no debe pagar"-(restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aún en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas un fenómeno socialmente peligroso[18].

Sin perjuicio de estas divergencias en los fundamentos, en todos los países de Europa continental el decomiso del producto del delito es adoptado por un tribunal de justicia como consecuencia de una sentencia condenatoria.

Sin embargo, ello resulta de procedimientos específicos que, por ser posteriores a la condena[19], admiten cierta flexibilidad en la distribución de las cargas probatorias para determinar el origen de los bienes sujetos a decomiso. Esta estrategia fue convalidada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de varis decisiones que resumiremos a continuación.

3.1. ¿Cuándo el decomiso es una sanción penal?

Desde 1986, las leyes contra el narcotráfico del Reino Unido establecieron un procedimiento de decomiso en el cual la determinación del producto del delito está sujeta a estándares de prueba de carácter civil, es decir que, con posterioridad a la condena penal, para la determinación del monto del decomiso, la acusación debe probar que existen más probabilidades de que el beneficio obtenido con el delito equivalga el monto

[18] Pieth, Mark, "Seizure and confiscation", en Pieth, M., Low. L y Cullen, P., *The OECD Convention on Bribery. A commentary*, Cambridge University Press, 2007, p. 255.

[19] La mayoría de los países permite inclusive diferir la iniciación del procedimiento de decomiso por un plazo. En el Reino Unido, por ejemplo, se puede iniciar la acción de decomiso hasta 6 meses después de la condena penal, en Holanda, el decomiso se puede iniciar hasta dos años después de la condena. Otros países, como Bélgica, obligan al juez a ordenar el decomiso junto con la sentencia. Cfr. Stessens, cit., p. 43.

requerido es mayor que la que propone la defensa. Más aún, los tribunales están obligados a presumir que los bienes adquiridos y los gastos incurridos durante un período de tiempo anterior a la comisión de la conducta por la cual se condenaba al imputado, son producto del narcotráfico.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la compatibilidad de este régimen con el principio de legalidad establecido en el art. 7 del Convenio Europeo de los Derechos y Libertades Fundamentales en Welch v. UK[20]. Los hechos por los cuales Welch había sido condenado habían ocurrido antes de la entrada en vigencia de este procedimiento de decomiso y los tribunales ingleses aplicaron el sistema de presunciones arguyendo que no se trataba de una sanción penal. Ello obligó al TEDH a determinar si las particularidades de ese procedimiento de decomiso tenía carácter punitivo o reparador.

El TEDH afirmó que la naturaleza penal o civil del decomiso no dependía ni del procedimiento que se asignara en el derecho local –pues el concepto de "pena" es autónomo de las legislaciones internas[21]- ni del fundamento utilizado en los debates parlamentarios que condujeron a la sanción de la ley –porque las sanciones penales admiten fundamentos preventivos generales y especiales.

Al contrario, se afirmó que la decisión dependía, por una parte, de cómo estuviera regulado el concepto de "producto" del delito y, por la otra, de las consecuencias que se deriven del incumplimiento del decomiso.

El primer aspecto considerado por el TEDH, fue si la legislación autorizaba el decomiso del "*producto bruto*" –es decir de todos los bienes derivados de la comisión del delito- o si permitía deducir los costos incurridos para la comisión del delito, o para el ejercicio de la defensa, es decir, el "*producto neto*" o las ganancias propiamente dichas. Si el decomiso se limita estrictamente al beneficio remanente al momento de la sentencia, descontados los gastos incurridos, ello podría ser un indicador del carácter "restitutivo". En cambio, si el decomiso incluyera la totalidad de lo producido por el delito, con

[20] "Welch v. United Kingdom", 9 de febrero de 1995, Series A no. 307-A.
[21] Un concepto autónomo implica que la norma internacional tiene un significado propio e independiente de la regulación interna. Cfr. "the Demicoli v. Malta", 27 August 1991, Series A no. 210, pp. 15-16, para. 31 y "X v. France", 31 March 1992, Series A no. 234-C, p. 98, para. 28, entre muchos otros.

independencia de los gastos incurridos, sería un indicador importante de que se trata de una sanción penal.

En el mismo sentido, la legislación inglesa permitía al Juez calibrar el monto del decomiso utilizando criterios como el grado de responsabilidad del autor o la gravedad del hecho, lo que también sugería el carácter punitivo de esa regulación.

Finalmente, el TEDH también tuvo en cuenta las consecuencias frente al no cumplimiento de la orden de decomiso. Si el legislador permite, como ocurría en la legislación inglesa, sustituir el decomiso por la aplicación de una pena de prisión, o aplicar una pena de prisión frente al incumplimiento del pago del monto decomisado, estará reafirmando el carácter punitivo de ese decomiso.

En definitiva, el TEDH sostuvo que el decomiso del producto del delito puede ser una pena o un remedio de carácter civil, dependiendo de las características que rodeen el procedimiento.

Prueba de ello es el caso "M. v. Italia"[22], en el cual la Comisión Europea de Derechos Humanos desestimó que las leyes antimafias italianas que establecían un procedimiento de decomiso preventivo violaran la presunción de inocencia.

Desde mediados de los años 50s, las leyes italianas han intentado diversas estrategias para reducir las organizaciones mafiosas. A partir de 1965, los bienes de las personas sospechadas de pertenecer a la mafia podían ser embargados si existía suficiente evidencia circunstancial que mostrara, por ejemplo, una notable discrepancia entre el estilo de vida de la persona y sus ingresos legales. La persona debía destruir esa presunción para evitar el decomiso. El decomiso, sostenía Italia, se fundaba en evitar que esos bienes fueran utilizados para solventar nuevas actividades ilícitas. Para evaluar la compatibilidad de este régimen con la presunción de inocencia, la Comisión Europea analizó en primer término qué garantías rodeaban el procedimiento.

La Corte Constitucional y la Corte de Casación italianas habían acuñado una jurisprudencia consistente que delineaban la siguientes notas características: 1) el decomiso "preventivo" era totalmente autónomo del proceso penal y no tenía como objetivo probar la ocurrencia de un hecho delictivo sino la probabilidad de pertenencia de

[22] El caso fue resuelto en 1991.

una persona a una organización mafiosa, para lo cual se requiere evidencia que podría ser de muy poca utilidad en un proceso penal, como el estilo de vida, los antecedentes penales, la pertenencia a un grupo social asociado con grupos criminales organizados, la riqueza comparada con los ingresos legales, 2) no procedía si la persona fallecía, lo que reforzaba la idea de que el fundamento era prevenir el uso indebido de los bienes, 3) no podía ser adoptado sobre la base de "meras sospechas" y sólo se justificaba frente al establecimiento de pruebas concretas que revelaran la conducta y el estilo de vida de la persona en cuestión, 4) que el decomiso estaba sujeto a un procedimiento adversarial y era decidido por un Tribunal de justicia, 5) que la presunción sobre el origen ilícito de los bienes requiere suficiente evidencia circunstancial y la ausencia de evidencia que la refute, 6) que ello no impone la carga de la prueba sino únicamente la carga de alegar contra la prueba circunstancial ofrecida y 7) que la persona no está obligada a probar el origen lícito de los bienes sino facultada a introducir evidencia que contradiga aquella aportada por la acusación. Todo ello permitió concluir a la Comisión que el procedimiento no tenía por finalidad determinar la culpabilidad de la persona.

En segundo lugar, la Comisión tomó en cuenta que el procedimiento no permitía la confiscación de bienes a menos que la persona hubiera sido previamente declarada sospechosa de pertenecer a la mafia, lo cual requería evidencia circunstancial objetiva y no una mera sospecha.

Finalmente, la Comisión consideró que el decomiso, en el aso concreto, no era tan gravoso como para ser considerado una "pena" y que en el caso concreto confirmaba que estaba siendo aplicado para prevenir el uso indebido de los bienes decomisados

La Comisión concluyó que:

> *"el decomiso es una medida cuya aplicación no está confinada el derecho penal; se encuentra ampliamente extendida en la esfera del derecho administrativo. Objetos sujetos a decomiso incluyen bienes importados ilegalmente (e.g. Caso Agosi), el producto de actividades ilícitas no tipificadas como delitos (como edificios construidos sin autorización de los planos), algunos bienes considerados peligrosos (como armas, explosivos, ganado infectado) y bienes conectados, aunque de modo indirecto, con actividades delictivas (como los fondos de "sociedades secretas" bajo las leyes italianas). Por lo tanto, puede apreciarse de la legislación de los Estados*

miembros del Consejo de Europa, que medidas muy severas, pero necesarias y apropiadas para la protección del interés público, son adoptadas fuera de la esfera del derecho penal. La Comisión nota que la medida de decomiso impugnada se refiere a bienes considerados de origen ilícito. Su finalidad es desarticular las organizaciones mafiosas y los considerables recursos que tienen a su disposición para financiar sus actividades… Siendo éste el caso, la Comisión concluye que el decomiso no está vinculado a una declaración de culpabilidad consecuencia de una acusación penal y, por lo tanto, no constituye una pena".

Más recientemente, en "Butler v. Reino Unido"[23], el Tribunal Europeo tuvo ocasión de evaluar la compatibilidad de otro procedimiento de decomiso inglés mediante el cual la autoridad aduanera está autorizada a decomisar dinero en efectivo sobre el cual existen sospechas razonables de que es producto de actividades vinculadas al narcotráfico. El procedimiento está calificado como preventivo por el derecho inglés, requiere un estándar de prueba civil, permite al titular del dinero defenderse desvirtuando la evidencia y es decidido por un tribunal de justicia. En el caso en cuestión, el dinero fue decomisado a una persona que conducía un auto alquilado con dirección a Málaga, quien declaró que el dinero pertenecía al denunciante. El dinero decomisado eran billetes escoceses -que la aduana calificó como de uso típico para operaciones de tráfico de estupefacientes-, encontrados en un auto alquilado que se dirigía a Málaga -que la aduana calificó como un lugar desde el cual se consignan estupefacientes con destino al Reino Unido. La explicación de Butler fue que él había entregado el dinero a su amigo para que le comprara un departamento -que nunca pudo ser identificado. El Tribunal encontró "*más probable que el dinero fuera para ser utilizado en una transacción de tráfico, que no lo fuera*" y ordenó el decomiso.

El TEDH examinó el procedimiento para determinar si el decomiso implicaba la aplicación de una pena. Luego de afirmar que el procedimiento nunca implicó la formulación de cargos contra el denunciante, ni contra otra persona, sostuvo:

[23] "Butler v. Reino Unido", decisión sobre admisibilidad del 27 de Junio de 2002.

"*…la orden de decomiso fue una medida preventiva y no puede compararse con una sanción penal, desde que ha sido pensada para sacar de circulación el dinero presumiblemente destinado al tráfico internacional de estupefacientes. De ello se sigue que el procedimiento que llevó al decomiso no implica "la determinación… de una acusación penal*" (ver Raimondi v. Italia… y más recientemente Arcuri y otros v. Italia… y Riela v. Italia…)[24].

El TEDH juzgó decisivo que en el procedimiento en cuestión no estaba en juego una condena o una absolución y que la orden de decomiso no impactaba en implicaba en los antecedentes ni del denunciante ni de la persona que transportaba el dinero.

En los casos Arcuri v. Italia[25] y Riela v. Italia[26], el TEDH ratificó la posición adoptada por la Comisión en "M. v. Italia" en relación con el decomiso preventivo de los bienes sospechados de ser utilizados en conexión con actividades mafiosas.

La comparación entre "*Welch v Reino Unido*" y "*M. v. Italia*" y los casos subsiguientes –Butler, Arcuri, Riela- muestra que el decomiso del producto actividades ilícitas puede ser canalizado no solamente como una sanción penal, sino también como un decomiso preventivo de carácter administrativo. Más adelante examinaremos qué garantías específicas deben rodear a un decomiso preventivo para no vulnerar derechos fundamentales.

3.2. La determinación del origen de los bienes y la presunción de inocencia

Las dificultades para probar el origen de los bienes que podrían estar sujetos a decomiso provienen de varias fuentes. Por una parte, la naturaleza internacional de las actividades de blanqueo de dinero normalmente incrementa las dificultades para obtener medios probatorios que acrediten el origen de los bienes sujetos a decomiso[27]. Cuando los activos pertenecen a vehículos corporativos domiciliados en jurisdicciones *offshore*,

[24] "Butler v. Reino Unido", cit, párr. 43.
[25] "Arcuri v. Italia", decisión sobre admisibilidad del 5 de julio de 2001.
[26] "Riela v. Italy", decisión sobre admisibilidad del 4 de septiembre de 2001.
[27] Al afirmar la autonomía del delito de lavado de activos, el Superior Tribunal Federal Suizo expresó: "*supeditar la eficacia de la persecución por lavado de dinero a los resultados de los procedimientos judiciales extranjeros sería un impedimento para combatir el lavado de dinero*", Sentencia del 21 de Septiembre de 1994, en *La semaine judiciare* (1995) 308.

esa prueba podría terminar siendo casi imposible[28]. Por otra parte, dado algunos delitos de corrupción son delitos consensuados, la falta de víctimas no sólo repercute sobre los mecanismos de detección sino también sobre la posibilidad de recolectar pruebas vinculadas al producto obtenido.

Para contrarrestar estas dificultades, hace tiempo que los estándares internacionales recomiendan considerar "*la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos*"[29].

Muchos países ya han implementado esta recomendación internacional a través de procedimientos de decomiso posteriores a la condena que alivianan la carga probatoria de la acusación. Básicamente existen dos modelos para ello.

En algunos países, la ley establece un sistema de presunciones relativas sobre el origen de los bienes que el condenado debe destruir para evitar el decomiso. Algunos países, como el Reino Unido[30], presumen que los bienes adquiridos durante cierto lapso anterior a la condena provienen de actividades ilícitas. Otros como Austria[31], Suiza[32], Alemania[33] o Francia[34], presumen que los bienes pertenecientes a una persona condenada

---

[28] Ver al respecto el informe citado por Stessens, cit., p. 67, elaborado por "Money Laundering Experts Group of the EU Multidisciplinary Working Group on Organised Crime".

[29] Cfr. art. 31, 8 de la UNCAC. En el mismo sentido, ver los arts. 5 de la Convención de Viena y 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[30] Para habilitar el sistema de presunciones se requiere que el Tribunal establezca si el condenado "hace del delito su forma de vida" y en tal caso si "se benefició de su conducta delictiva en general". En tal caso, el Tribunal debe asumir que todos los bienes y gastos incurridos durante los 6 años anteriores a la condena son producto del delito. El condenado debe mostrar lo contrario. Cfr. *Proceeds of Crime Act* (2002) Parte IV, especialmente Secciones 156, 177 y 178.

[31] Tanto frente a reincidencias durante un período de tiempo como frente a una condena por pertenecer a una organización criminal

[32] El art. 59 (3) del Código Penal Suizo presume que los bienes que pertenecen a una persona condenada por ser miembro de una organización delictiva (en los términos del art. 260 ter del Código Penal) están bajo el control de la organización delictiva. La prueba en contrario puede consistir en que los bienes no están bajo el control de la organización o, si se trata de un miembro de bajo rango, que los bienes tienen un origen lícito.

[33] El art. 73 (d) prevé la extensión del decomiso ("*erweiterter Verfall*") a todos los bienes del condenado "si las circunstancias justifican la presunción de que tales objetos fueron adquiridos como resultado de actividades ilícitas o con el propósito de cometerlas". La Corte Constitucional Federal interpretó que la aplicación de esta regla requiere al Juez estar "incondicionalmente convencido del origen ilícito de los bienes". Ver *Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift,* NJW, 2004, 2073, citado por el Bundesrechtsanwaltskammer (Colegio de Abogados Federal) en su posición frente al Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Presunción de Inocencia, 26 de Abril de 2006 (COM(2006)174), disponible en http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2006/Stn18_engl.pdf

por ser miembro de una asociación ilícita –un grupo criminal organizado, una asociación criminal, etcétera- están bajo el control de tal organización. En ambos casos, las presunciones son relativas, pero la carga de destruirlas está a cargo de la defensa del condenado.

La segunda posibilidad es que la ley exija que la acusación alcance un grado de probabilidad –usualmente mostrar al tribunal que "*es más probable que* los bienes sean de origen ilícito *que no lo sean*"- y que, sólo una vez alcanzado ese estándar la carga de destruirlo corresponde al condenado. Una forma aceptada de probar la probabilidad de que el dinero es de origen ilícito es comparando el valor de los bienes en cuestión con los ingresos lícitos[35]. Ejemplos de este modelo pueden apreciarse en Australia[36], Italia[37], Holanda[38] y Estados Unidos[39].

El TEDH también tuvo ocasión de analizar la compatibilidad de estos procedimientos con la presunción de inocencia establecida en el art. 6 del Convenio Europeo en "Phillips v. Reino Unido"[40].

---

[34] Francia ha ido mucho más allá, al introducir en su Código Penal una serie de delitos que permiten la inversión de la carga de la prueba de algunos elementos del tipo posibilitando que con una condena penal se decomisen todas las ganancias obtenidas.

[35] Este método probatorio es similar al que se aplica para determinar el "enriquecimiento ilícito" de funcionarios,. Se trata de un método de prueba indirecto frecuentemente aceptado en casos de lavado de activos y de delitos tributarios. Para el caso de Estados Unidos, ver Williams y Whitney, cit, pág. 86. Para el caso europeo, ver la Decisión Marco del Consejo de Europa 212 del 24 de Febrero de 2005, que se analiza en esta misma sección.

[36] Frente a una condena por delitos relacionados con el narcotráfico, lavado de dinero, terrorismo, trata de personas y algunas modalidades de fraude se presume, admitiendo prueba en contrario, que todos los bienes que la persona posee o controla son el producto del delito. Cfr. Proceeds of Crime Act, 2002, Secciones 92-94.

[37] Cfr. el artículo 12 sexto de la Ley 356/92 establece el decomiso obligatorio de los bienes del condenado por delitos relacionados con el narcotráfico, la criminalidad organizada o el lavado de dinero cuando no se correspondan con sus ingresos o su actividad económica y el condenado no puede explicar su origen. Los bienes pueden no estar vinculados al delito por el cual fue condenada la persona y, cuando lo están, pueden pertenecer a un tercero.

[38] El art. 36 del Código Penal holandés no sólo autoriza el decomiso del producto del delito por el cual se condena sino además el de bienes que "probablemente derivan de otros delitos". La acusación debe mostrar tal probabilidad y el condenado puede refutarla. La Corte Suprema de Holanda falló que la regla es compatible con la presunción de inocencia siempre que el condenado tenga la posibilidad de refutar la presunción. Cfr. Stessens, G., cit., p. 72.

[39] Cfr. 18 USC 982. La mayoría de los tribunales estadounidenses coinciden en que el estándar aplicable es el de "preponderancia de la prueba", es decir, que es más probable que no lo sea, y que una vez alcanzado ese grado de probabilidad, el condenado puede destruirla. El *leading case* es US v. Myers, 21 F3d 826, 829 (8th Cir. 1994), en el cual el tribunal estableció que el decomiso penal no requiere el mismo estándar que un elemento del tipo penal ("más allá de toda duda razonable") porque es parte del proceso de determinación de la pena. Los bienes pueden ser sustituidos por otros de valor equivalente.

[40] "Philips v. UK" del 5 de julio de 2001, n° 41087/98.

Phillips fue condenado por contrabando de una cantidad sustancial de marihuana. En el procedimiento de decomiso aplicado contra el Sr. Phillips determinó en primer lugar que el Sr. Phillips "se benefició" con el tráfico de estupefacientes. Satisfecho el tribunal con este estándar[41], la ley obligaba a presumir que los bienes adquiridos y los gastos incurridos en los últimos 6 años provenían del narcotráfico. Las explicaciones brindadas por la defensa de Phillips y las pruebas que aportó para destruir esa presunción[42] resultaron insuficientes para el Tribunal que ordenó el decomiso.

El argumento central de la defensa frente al TEDH fue que, dado que el decomiso aplicado era una pena en los términos de "*Welch v Reino Unido*", debía estar rodeado de las garantías del proceso penal, entre ellas la presunción de inocencia. En ese contexto, la autorización de decomisar todos los bienes adquiridos más todos los gastos incurridos durante un período de tiempo anterior a la condena, equivalía a aplicarle una pena por conductas por las cuales no había sido siquiera acusado, no habían sido ventiladas en juicio, no había sido condenado y por las cuales debía ser presumido inocente. El Reino Unido sostuvo en cambio que la presunción era parte del procedimiento de determinación de la pena aplicable por el delito por el cual había sido condenado y no equivalía a una "nueva acusación penal".

El TEDH decidió que la presunción de inocencia no era aplicable a un procedimiento cuyo propósito es permitir a los tribunales nacionales determinar apropiadamente el monto del decomiso: "*La Corte considera que este procedimiento es análogo a la determinación por un tribunal del monto de una multa o del lapso de prisión impuesto a una persona que ha sido condenada apropiadamente*"[43].

Más claramente, el TEDH afirmó que: "*…a pesar de que resulta claro que el Art. 6.2 gobierna el procedimiento penal en su integridad, y no únicamente el examen de los méritos de la acusación (ver, por ejemplo, Minelli v. Suiza, Sekanina v. Austria y Allenet de Ribemont v. Francia),* ***el derecho a ser presumido inocente bajo el Art. 6.2 sólo rige en relación con el delito acusado. Una vez que un acusado ha sido apropiadamente***

[41] El Fiscal de la Aduana probó que Phillips no tenía una fuente declarada de ingresos, no pagaba impuestos a las ganancias, era propietario de un hotel, una agencia de noticias y 5 automóviles, incluyendo algunos de lujo y alegó que era altamente probable que Phillips se hubiera beneficiado del narcotráfico en la suma de GBP 117.838,27.
[42] Phillips alegó que ni el hotel ni los autos le pertenecían y presentó a su padre como único testigo.
[43] "Phillips v. UK", cit, parr. 34.

encontrado culpable de ese delito, el Art. 6.2. no puede tener aplicación en relación con los argumentos sobre el carácter y la conducta del acusado como parte del procedimiento de determinación de la pena*, a menos que esas alegaciones sean de tal naturaleza y grado que signifiquen una nueva 'acusación', en el sentido autónomo que la Convención otorga al término…*"[44].

En forma separada a la cuestión del decomiso, el TEDH también ha evaluado la compatibilidad de las presunciones en materia penal con el principio de inocencia[45]. En "*Salabiaku v. Francia*", el TEDH afirmó que "*las presunciones de hecho o de derecho existen en todo sistema legal. Claramente, la Convención, en principio, no prohíbe tales presunciones. Sin embargo, requiere que los Estados Partes se mantengan dentro de determinados límites cuando estas presunciones se aplican en el ámbito del derecho penal. Requiere que el Estado las confine dentro de límites razonables que tomen en cuenta lo que está en juego y que mantengan los derechos de la defensa*"[46].

Para que una presunción legal o de hecho sea compatible con la presunción de inocencia, los tribunales deben atender a dos factores: **a)** que la presunción no opere automáticamente y **b)** que la defensa tenga amplias posibilidades de rebatirla. Si ambas condiciones son satisfechas, la presunción será, bajo "Salabiaku", válida[47].

El primer recaudo se satisface siempre que esté en poder de los tribunales decidir la aplicación de la presunción. Lo contrario abriría la puerta para que las legislaturas tuvieran una herramienta para privar a los tribunales de justicia de su poder inherente de evaluar las pruebas que se le presentan en juicio. Ello, "*no podría reconciliarse con el objeto y fin del art. 6 que, a través de la protección del debido proceso y, en particular del derecho de ser presumido inocente, cumple el propósito de fortalecer el Estado de Derecho*" [48].

---

[44] "Phillips v. UK", parr. 35.

[45] Para un análisis comparativo de las presunciones en materia penal ver Jorge, Guillermo, "The Romanian Legal Framewotk on Illicit Enrichment", ABACEELI, Julio de 2007, disponible en http://www.abanet.org/rol/publications/romania-illegal_enrichment_framework-2007-eng.pdf

[46] "Salabiaku v. France", 7 de octubre de 1988, A 141-A, parr. 28.

[47] Cfr. Stessens, cit., p. 71. Varios tribunales han interpretado que la validez de las presunciones depende de factores also, Nardell, G., "Presumed innocence, proportionality and the Privy Council", IQR (1994), ps. 223-8.

[48] "Salabiaku v. France", cit., parr. 28.

El segundo requisito se cumple siempre que la presunción en cuestión sea relativa, es decir, que la defensa tenga amplias posibilidades para destruirla[49].

En "Phillips v. Reino Unido", el TEDH dio por satisfechos ambos criterios en relación con la aplicación de la presunción de que los bienes adquiridos durante los 6 años anteriores a la condena eran el producto de –otras- actividades delictivas. El TEDH tuvo en cuenta que los tribunales ingleses tienen suficiente discreción para no aplicar la presunción cuando consideren que "puede derivar en serios riesgos de injusticia". Por otra parte, Phillips tuvo amplias oportunidades para destruir la presunción. Al respecto, el TEDH expresó:

"*Más aún, la Corte nota que, si los alegatos del denunciante en relación con sus transacciones financieras fueran ciertos, no hubiera tenido ningún inconveniente en destruir la presunción legal; como dijo el Juez, los pasos probatorios a seguir para demostrar el origen de su dinero y propiedades eran "perfectamente obvios, comunes y simples". No puede entonces el denunciante quejarse de una injusticia en el hecho de que el Juez haya incluido en sus cálculos bienes comprados con el producto de otros delitos…Finalmente, cuando calculó el valor de los bienes, es significativo que el Juez sólo tomó en cuenta… los bienes sobre los que había suficiente evidencia que probaba que pertenecían al denunciante. El Juez aceptó la evidencia del denunciante al momento de valuar los bienes… Si bien el Tribunal considera que algunos aspectos relativos a la justicia de este procedimiento pueden surgir en circunstancias en los que el monto del decomiso incluya bienes que se presumen ocultos, esta circunstancia está muy lejos de haberse presentado en este caso. Por lo tanto, en términos generales, el Tribunal encuentra que la aplicación del procedimiento… se encuentra dentro de límites razonables dada la importancia de lo que está en juego y que mantuvo los derechos de la defensa*"[50].

Los diferentes modelos de legislación que hemos resumido en los párrafos anteriores cumplen con ambas condiciones.

---

[49] *"Como fue señalado en Salabiaku… el art. 6 require a los Estados Partes que limiten las presunciones de hecho o de derecho previstas en sus leyes penales dentro de límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego y mantengan el derecho de defensa… Mr. Phan Hoang no fue privado de sus medios de defensa... La presunción de su responsabilidad no era irrefutable…".* "Pham Hoang v. France" del 25 de septiembre de 1992, no. 13191/87, parr. 34.

[50] "Phillips v. Reino Unido", cit., párrs. 45, 46 y 47.

Tomando en consideración esta línea jurisprudencial[51] y con el objetivo de "*garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso del producto del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada*"[52], el Consejo de Europa adoptó la Decisión Marco 2005/212 sobre decomiso del producto e instrumentos del delito.

En una muestra más de la creciente expansión del paradigma del decomiso del producto del delito como herramienta central contra la criminalidad organizada, la Decisión requiere, en relación con delitos asociados con la criminalidad organizada[53], que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para permitir el decomiso, *como mínimo*, cuando:

> *"a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que* ***los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena*** *por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien.*
>
> *b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de* ***actividades delictivas <u>similares</u> desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena*** *por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien.*
>
> *c) se tenga constancia de que* ***el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales*** *de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada".*

---

[51] Cfr. Comisión Europea, "El libro verde sobre la presunción de inocencia", 26 de Abril de 2006, disponible en http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l16032 htm.

[52] Cfr. Decisión Marco del Consejo de Europa 2005/212/HAJ del 24 de Febrero de 2005, párr. 10.

[53] La Decisión se refiere específicamente a los delitos vinculados con la falsificación de moneda, al blanqueo de capitales, la trata de seres humanos, el tráfico de migrantes, la explotación sexual de niños, la pornografía infantil, el tráfico de estupefacientes y algunos actos de financiamiento de terrorismo.

Los primeros incisos reflejan el modelo de presunciones generalmente establecido para los condenados por pertenecer a grupos delictivos organizados –asociaciones ilícitas- y el tercero refleja la admisión en el derecho europeo del método de prueba indirecto basado en la comparación del patrimonio con los ingresos legales.

3.3. La determinación del origen de los bienes y el derecho a no auto-incriminarse coactivamente

Los procedimientos de decomiso descriptos en el apartado precedente también podrían ser objetados en relación con el derecho a no auto-incriminarse en forma coactiva cuando el condenado es llamado a destruir la presunción establecida por la ley o por la acusación.

El derecho a no auto-incriminarse comprende tanto el derecho a permanecer en silencio como el derecho a no ser obligado a producir pruebas incriminatorias. A pesar de que no ha sido expresamente contemplado en la Convención Europea, la jurisprudencia del TEDH ha reconocido que este principio descansa en el "corazón de la noción de un debido proceso"[54].

Sin embargo, el TEDH ha reconocido que este derecho no es absoluto. En "Murray v Reino Unido", el TEDH expresó:

> "Por una parte, es evidente que es incompatible con las garantías bajo examen fundamentar una condena sobre la base exclusiva del silencio del acusado o sobre su negativa a responder preguntas o de proveer pruebas. Por otra parte, el Tribunal entiende que es igual de evidente que tales garantías no pueden, ni deben impedir que el silencio del acusado, en situaciones que claramente requieren de una explicación de su parte, sean tenidas en cuenta al considerar el grado de persuasión de la prueba aportada por la acusación. Cualquiera sea el lugar en el cual la línea entre estos dos extremos deba ser trazada, se sigue de este razonamiento que la pregunta acerca de si el derecho a permanecer callado es absoluto debe ser respondida negativamente"[55].

[54] "Heaney and McGuiness v. Ireland" del 21 dediciembre de 2000, N° 34720/97.
[55] Ibidem, parr. 47

Más adelante, en un intento por trazar esta línea, el Tribunal estableció las condiciones bajo las cuales los tribunales podrían derivan inferencias del silencio de un acusado.

En primer lugar, el TEDH estableció que las inferencias sólo son válidas si la acusación ha podido establecer un caso probable, es decir "un caso con prueba directa que si es evaluada en combinación con inferencias legítimas, peuede conducir a un jurado apropiadamente instruido a estar satisfecho, más allá de toda duda razonable que cada elemento del delito está probado"

Si no hubiera un "caso probable", entonces cualquier inferencia sería inválida. "La pregunta en cada caso particular es si las pruebas de la acusación son lo suficientemente contundentes como para requerir una respuesta. La Corte nacional no puede concluir que el acusado es culpable simplemente porque eligió permaner en silencio. Sólo cuando las pruebas contra el acusado 'reclaman' una explicación que el acusado debe estar en posición de brindar, la falta de tal explicación puede, por sentido común, permitir que se infiera que tal explicación no existe y que el acusado es culpable".

En segundo lugar, sólo las inferencias *de sentido común* son permisibles. El estándar de la experiencia debe aplicarse "cuando la inferencia es tan forzada que no guarda relación con las circunstancias de la vida tal como las conocemos".

En tercer lugar, del mismo modo que con la presunción de inocencia, los Tribunales no pueden ser obligados por las legislaturas a inferir consecuencias negativas del silencio del acusado. Al contrario, los tribunales deben ser libres de evaluar la evidencia presentada por la acusación de conformidad con el estándar legal aplicable ("más allá de toda duda razonable, "íntima convicción", "sana crítica racional").

Sobre la base de esas condiciones, en el caso "Murray" el TEDH concluyó que las inferencias derivadas del silencio del acusado no tenían el efecto de invertir la carga de la prueba en un sentido que pudiera considerarse violatorio del principio de inocencia.

El TEDH también ha efectuado algunos pronunciamientos vinculados al derecho a no ser obligado a producir pruebas. El TEDH distingue entre evidencias "adquiridas compulsivamente" y evidencias que existen con independencia de la voluntad del acusado: "el derecho a no auto-incriminarse protege primordialmente

la voluntad del acusado de permanecer callado. Como se entiende comúnmente, no se extiende a evidencias que, pudiendo ser obtenidas del acusado a través del uso de poderes coactivos, existen con independencia de su voluntad, como, entre otros, su aliento, su sangre, su orina o lo necesario para realizar un test de ADN"[56]**.**

En el mismo sentido, las presunciones de derecho que imponen el deber de producir pruebas documentales fueron consideradas válidas siempre y cuando no se tratara de órdenes utilizadas para justificar "operaciones de pesca", en las que solamente existiera una simple sospecha. Ello fue admitido tanto para personas físicas como para personas jurídicas[57].

Sobre esas bases, es razonable afirmar que los procedimientos de decomiso que transfieren la carga de destruir una presunción a la persona condenada, no podrían ser cuestionados por vulnerar el derecho a no auto-incriminarse en forma coactiva[58]. Más aún teniendo en cuenta que en estos procedimientos la personas ya ha sido condenadas[59].

4. El decomiso civil

Además de las dificultades probatorias que dieron lugar a que los procedimientos de decomiso, aún penales, hayan relajado algunas de las garantías fundamentales del proceso penal, existen muchos casos en los cuales obtener una condena resulta imposible porque el imputado ha fallecido, se ha fugado y no se permite el proceso penal en ausencia, está protegido por algún régimen de inmunidades, no ha podido ser identificado, no existe un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, ha operado la prescripción de la acción penal, ha gozado de una amnistía, se ha producido una nulidad que prácticamente ha dejado sin medios probatorios a la acusación, etcétera[60].

---

[56] "Saunders v United Kingdom" del 17 de diciembre de 1996, N° 19187/91.

[57] "Mannesmannröhren-Werke v. Commission", case T-112/98, ECR 729, parr. 65; Opinion of AG in Case C-301/04 P, "Commission v. SGL".

[58] Para un análisis de la aplicación por tribunales de varias jurisdicciones ver Jorge, Guillermo "The Romanian legal framework on Illicit Enrichment", cit.. y Wilsher, Dan, "Inexplicable Wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases", Journal of Crime, Law and Social Change, Springer Netherlands, Vol 45, Issue 1, February 2006.

[59] Ver "Phillips v Reino Unido", cit.

[60] Considerando que debe ser amplia la admisión de excusas para no obtener una sentencia penal se dicho que "incluso cuando el funcionario haya abandonado ya el gobierno, puede conservar suficiente poder a nivel local como para obstruir un procedimiento penal en el país. En otros casos más extremos, los funcionarios sospechosos pueden gozar de inmunidad de enjuiciamiento penal o puede que no haya ninguna conducta 'penal' que requiera investigación porque los actos cometidos no violan ninguna de las

Frente a estas posibilidades, algunos países han reaccionado instituyendo, en forma paralela e independiente del decomiso penal, o en forma subsidiaria para determinados casos, procedimientos de decomiso civil o administrativos.

La UNCAC en su art. 54 expresamente recomienda a los Estados Partes "*adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados*".

Algunos países permiten que se produzca un juicio en ausencia del acusado superando una de las vallas principales para obtener una sentencia condenatoria[61].

Sin embargo, la tendencia es la de establecer procedimientos de decomiso civil, independientes del proceso penal.

Estos procedimientos operan *in rem*, es decir, se dirigen contra los bienes en cuestión y son concebidos como acciones de carácter real que no persiguen el castigo individual, sino evitar que la riqueza producida por medios ilícitos forme parte de los bienes que integran el comercio lícito. Por ello, en general establecen una causal de extinción del derecho de dominio cuando el bien tiene origen en un delito. El fundamento de estas acciones es que el decomiso civil persigue evitar que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales, es decir que detrás de estos procedimientos, existe la idea de construir sociedades meritocráticas.

Al ser acciones reales y dirigirse contra los bienes, con independencia de su titular, estos procedimientos resultan extremadamente prácticos en casos en los cuales existen sospechas fundadas de que los titulares de los bienes no son los últimos beneficiarios, por lo tanto, son herramientas prácticas para lidiar con testaferros y vehículos corporativos registrados en jurisdicciones *off-shore*.

---

leyes vigentes del Estado aun cuando el Estado promulgue posteriormente leyes que prohíban la conducta impugnada, el demandado puede argumentar que el código penal reformado tipifica delitos *ex post facto*, que el Estado no debería reconocer a los fines de la asistencia jurídica recíproca", Estudio de alcance undial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción, Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, 28 de noviembre de 2002, A/AC.261/12, ps. 9 y 10.

[61] Por ejemplo, Italia, Nueva Zelandia, Australia o Hong Kong. Cfr. "Evaluation of law and systems in FATF members dealing with asset confiscation and provisional measures", appendix 1, p. 2 en www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/48/34047135.pdf.

En este sentido, se presentan como una herramienta atractiva para reducir la corrupción en América Latina, donde varias legislaturas están considerando proyectos para implementar procedimientos similares.

El debate, sin embargo, no debe perder de vista algunas características estructurales de los sistemas judiciales latinoamericanos que podrían influir en los resultados esperados. En primer lugar, la justicia penal latinoamericana es notablemente selectiva[62]. Precisamente por ello, la posibilidad de que mecanismos que teóricamente apuntan a reducir grupos criminales con alto poder económico puedan en la práctica fortalecer esta selectividad es relativamente alta.

La experiencia estadounidense en materia de lavado de activos es un ejemplo a considerar en este sentido. Según el debate parlamentario de 1986, uno de los principales objetivos de penalizar el lavado de activos era restringir la oferta de servicios financieros a grupos criminales Sin embargo, estimaciones del año 2004 mostraron que sólo el 6% de las condenas por lavado de activos se pronunciaban contra quienes no habían intervenido en las conductas precedentes, lo que muestra que, en la práctica, el efecto principal de este tipo penal fue el de mejorar las investigaciones, pero también el de agravar las condenas de quienes ya eran castigados por las conductas precedentes[63].

En segundo lugar, en muchos países latinoamericanos la línea entre el decomiso judicial y a confiscación ejecutiva de bienes no está claramente delimitada. Especialmente en los últimos años, los Poderes Ejecutivos de algunos países latinoamericanos han desempolvado instrumentos cuasi-confiscatorios sin siquiera *aggiornarlos* a los estándares del debido proceso administrativo. En este contexto, el decomiso civil del producto del delito podría constituir una herramienta que debilite otros aspectos cruciales en la consolidación de los procesos democráticos.

Con estos recaudos, en este apartado describiremos el funcionamiento de estos procedimientos *in rem* en Estados Unidos, el Reino Unido y Colombia.

---

[62] Cfr., por todos, Zaffaroni, Raúl Eugenio, "En busca de las penas perdidas", Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, segunda reimpresión, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1998; Zaffaroni, Raúl Eugenio, Slokar, Alejandro, Alagia, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000; Segato, Rita, "El color de la cárcel en América Latina", Revista "Nueva Sociedad**"** No 208, marzo-abril de 2007.

[63] Cfr. Cuellar, Mariano Florentino, "The Tenuous Relationship Between the Fight Against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance", Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 93, p. 311, 2003.

4.1. Estados Unidos

En los Estados Unidos, es posible iniciar acciones de decomiso civil[64] contra bienes que se sospechen provenientes de cualquier delito precedente del lavado de activos[65]. Estas acciones pueden ser judiciales o administrativas, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si alguien responde a la demanda de decomiso[66].

El procedimiento originalmente establecido fue duramente criticado por establecer poderes excesivos y otorgar pocas posibilidades de defensa[67]. Algunas de estas críticas fueron revisadas a partir de la sanción de la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* en vigencia desde agosto de 2000. Actualmente, el Fiscal debe demostrar que la probabilidad de que los bienes provengan de un delito es mayor que la probabilidad de que tengan origen legal[68] y quiénes defiendan el bien en cuestión deben probar, con el mismo estándar, que son adquirentes a título oneroso y ni supieron, "*ni era razonable que supieran*"[69], que la propiedad podía ser objeto de decomiso civil.

En cuanto a los terceros adquirentes de buena fe, los recaudos del régimen actual pueden resultar, sin embargo, más onerosos para terceros de buena fe que los fijados por los tribunales durante el régimen anterior. Por ejemplo, los bancos que participaban en

---

[64] El decomiso civil esta regulado en el título 18 del United State Code, a partir de la sección 981.

[65] Antes del año 2000, el decomiso civil sólo procedía contra bienes sospechados de estar vinculados con el lavado de activos. Sin embargo, la Civil Asset Forfeiture Reform Act (2000) expandió esta posibilidad a todas las conductas precedentes del lavado de activos.

[66] En general, los bienes de valor inferior a USD 500,000 pueden ser decomisados por una autoridad administrativa, sin intervención judicial. Sin embargo, los bienes inmuebles sólo pueden ser decomisados judicialmente aunque su valor sea inferior a USD 500,000 y los instrumentos monetarios pueden ser decomisados administrativamente aún cuando su valor exceda los USD 500,000. Por otra parte, si la demanda de decomiso es contestada, el procedimiento debe ser judicial. Cfr. Low, Lucienda, "Anti-money laundering in the United States" en Pieth. M. and Aiolfi, G., "A comparative guide to anti-money laundering", Edward Elgar, 2004, p. 368.

67 Por ejemplo, impedía que un imputado rebelde en un proceso penal fuera representado en un proceso de decomiso civil a través de representantes, lo que fue revocado por la Suprema Corte en 1996. Cfr. "Degen v. United States", 517 U.S. 820 (1996).

[68] El estandar requerido es el de "preponderande of the evidence" -"preponderancia de la evidencia". Antes de 2000, el Gobierno sólo debía probar que "era probable" que los bienes provinieran de un delito para que la carga de probar lo contrario fuera trasladada al demandado, si es que alguien se presentaba a defender su derecho sobre los bienes. La *Civil Asset Forfeiture Reform Act* del 2000 agravó el estándar probatorio requerido para el gobierno.

[69] "(3) (A) With respect to a property interest acquired after the conduct giving rise to the forfeiture has taken place, the term "innocent owner" means a person who, at the time that person acquired the interest in the property - (i) was a bona fide purchaser or seller for value (including a purchaser or seller of goods or services for value); and (ii) did not know and was reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture". Title 18, Part I, Chapter 46, § 983, General Rules For Civil Forfeiture Proceedings.

transacciones inmobiliarias a través de préstamos, eran pacíficamente considerados terceros de buena fe aún frente a transacciones inusuales en las que inclusive no hubieran cumplido con prácticas de diligencia comercial normales para la industria bancaria[70].

El carácter preventivo[71] del decomiso *in rem*, no lo priva, sin embargo, de ciertas garantías constitucionales más típicas del proceso penal que del proceso civil, como la protección contra los allanamientos y secuestros irrazonables garantizados por la cuarta enmienda[72], la prohibición de auto-incriminación coactiva prevista en la quinta enmienda[73] o la protección contra las multas excesivas (principio de proporcionalidad)[74].

Sin embargo, el intento de decomiso penal no precluye la posibilidad del decomiso civil. La Corte Suprema estadounidense consideró que el decomiso civil, cuando el decomiso penal devino inviable, no afecta el principio de prohibición de persecución penal múltiple[75].

4.2. El Reino Unido

El Reino Unido estableció un sistema de decomiso civil, paralelo a los regímenes de decomiso penal cuyas características hemos visto a través de la jurisprudencia del TEDH en los apartados anteriores.

La Proceeds of Crime Act de 2002, creó una "*Agencia de Recuperación de Activos*" –the Asset Recovery Agency- con la finalidad identificar bienes cuyos propietarios no aparezcan con ingresos legítimos suficientes para haberlos adquirido. La Sección V de esta ley otorgó al Director de esta agencia el poder de iniciar procedimientos *in rem* ante la High Court *contra aquellos bienes* sospechados de provenir de actividades ilícitas.

El Director de la agencia debe establecer que la probabilidad de que los bienes en cuestión tengan origen ilegal es más alta que la posibilidad contraria. Para ello, no es

[70] Cfr. "US v. One Single Family Residence located at 6960 Miraflores Ave., 731 F. Suppl. 1563", SD-FL 1990.
[71] Desde 1974 la corte estadounidense afirma el decomiso civil en la responsabilidad ciudadana de extremar los recaudos para evitar la circulación de bienes malhabidos. Cfr "Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co", 416 US 663.
[72] Cfr. "One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania", 380 US 693, (1965).
[73] Cfr. "US v. Ward 448", US 242, (1980).
[74] "Austin v. US", 113 S.Ct. 2801, (1993).
[75] "Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing ff Terrorism", United States of America, 23 de junio 2006, Financial Action Task Force, p. 46.

esencial que demuestre con precisión la conducta ilegal que originó los bienes en cuestión. Es suficiente con que reúna evidencias sobre el "tipo" de delitos de los que se sospecha que es producto el bien en cuestión –e.g. narcotráfico, fraudes, etc-, lo que requiere reunir y armar un cuadro probatorio bastante más complejo que la simple afirmación de que el propietario no tiene ingresos legales que justifiquen su estilo de vida.

La High Court está legalmente autorizada a realizar inferencias –e.g. a partir de conductas delictivas anteriores del propietario del bien- y a utilizar la falta de una explicación plausible sobre el origen del bien en su determinación para ordenar el decomiso[76].

En 2004, la High Court de Irlanda del Norte convalidó el carácter preventivo de este sistema en "Walsh v. Asset Recovery Agency (ARA)". El señor Walsh había sido absuelto en un proceso penal por fraude. Sin embargo, la agencia de recuperación de activos había obtenido el decomiso civil de algunos de sus bienes. Walsh estaba cumpliendo una condena de 6 años por robo a mano armada y anteriormente había sido perseguido (y absuelto) por fraudes hipotecarios. Walsh se presentaba como vendedor de autos independiente, a pesar de que no había evidencia al respecto. Pese a que la agencia de recuperación de activos no logró acreditar que los bienes decomisados habían sido originados en alguna conducta específica, la sentencia fue convalidada sobre la base de que la finalidad del procedimiento era simplemente recobrar la propiedad y no condenar o castigar a ninguna persona por haber infringido prohibiciones penales. El procedimiento fue definido como "*esencialmente de naturaleza preventiva porque busca reducir la criminalidad sacando de circulación los bienes que pueden ser mostrados como provenientes de actividades ilícitas; por lo tanto, disminuye la eficiencia productiva de tales actividades y vuelve menos atractiva la 'intocable' imagen de quienes que recurren a estas actividades con el propósito de acumular riqueza y estatus social*"[77].

[76] Bacarese, Alan, "Asset Recovery in the United Kingdom" en Pieth, Mark (ed.), Recovering Stolen Assets, p. 153.
[77] Cit. en Bacarese, Alan, cit. , ps. 160 y 161.

En 2006, el mismo Tribunal debió responder a la pregunta sobre si el procedimiento equivalía a la aplicación de una pena. Luego de describir detalladamente el procedimiento, la Corte afirmó:

"Nada de lo que el Director de la Agencia está facultado u obligado a hacer puede ser realizado por ningún miembro de las fuerzas policiales… No hay ninguna sección en esta Parte de la ley que establezca la persecución penal de ninguna persona o que otorgue poder al Director de la Agencia para iniciar acciones penales. De ello se sigue que nadie puede ser condenado o sentenciado a prisión o al pago de una multa bajo las normas de esta Parte de la ley. Si la Corte, con un estándar de prueba civil, está satisfecha con que los bienes fueron obtenidos a través de una conducta delictiva, debe dictar, con sujeción a las garantías antes descriptas, una orden para recobrar la propiedad, no para perseguir a un individuo. Si los bienes fueron obtenidos a través de una conducta delictiva, creemos que el interés público requiere recobrar los bienes para el beneficio común. El apelante no ha llamado nuestra atención hacia ninguna regla de esta Parte de la ley que parezca injusta y nosotros tampoco pudimos encontrar alguna. Ninguna de las restantes Partes de esta ley tiene efectos sobre esta Parte… Ninguna de las normas de la Parte V de la ley impone una pena, ni civil ni penal. Por estas razones… se desestima la apelación"[78].

El procedimiento de Decomiso Civil inglés ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TEDH revisada en este capítulo, especialmente los principios sentados en "*Welch v Reino Unido*" en relación con los criterios para determinar cuando el decomiso es una pena. En efecto, el decomiso civil está regulado como una deuda del individuo con la Corte, o con la Agencia de recuperación de activos[79] y, aunque está rodeado de ciertos incentivos para hacerla efectiva, ninguno de ellos vincula la deuda con la noción de "culpabilidad" del autor. Tampoco la deuda es sustituible por una pena de prisión en caso de incumplimiento. Si bien es cierto que los jueces están obligados a aplicar el sistema de presunciones cuando hay suficiente evidencia de que el titular de los bienes "hace del

[78] Cfr. "Belton v. the Director of the Assets Recovery Agency", Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte, sentencia del 27 de enero de 2006, párr. 15 y 17.

[79] En casos más complejos, como los que involucran bienes fuera de la jurisdicción o bienes a nombre de vehículos corporativos, el Fiscal puede requerir a la Corte que nombre un administrador hasta que los bienes se liquiden. Cfr. Bacarese, Alan, cit. , p. 155.

delito su estilo de vida"[80], también lo es que el Tribunal es libre de decidir cuándo su aplicación podría aparejar un "riesgo de injusticia".

4.3. Colombia

La Constitución Política de Colombia dispone que "*No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social*". El precepto ha sido regulado a través de la extinción de dominio establecida en la ley 793/2002[81], definida como la pérdida del dominio a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

La acción opera cuando se produce la adquisición o el uso de los bienes en contradicción al ordenamiento jurídico, lo que afecta la función social que debe tener el derecho de propiedad privada según la Constitución. La acción carece de función punitiva pues se limita a declarar la ilegitimidad del título de propiedad. La Corte Constitucional colombiana la ha considerado "…*una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado*" [82]. En consecuencia no resultan aplicables las garantías

[80] En la Sección 75 de la Proceeds Act de 2002 se define el estilo de vida delictivo por las siguientes condiciones: "(2) The condition is that the offence (or any of the offences) concerned satisfies any of these tests— (a) it is specified in Schedule 2; (b) it constitutes conduct forming part of a course of criminal activity; (c) it is an offence committed over a period of at least six months and the defendant has benefited from the conduct which constitutes the offence. (3) Conduct forms part of a course of criminal activity if the defendant has benefited from the conduct and— (a) in the proceedings in which he was convicted he was convicted of three or more other offences, each of three or more of them constituting conduct from which he has benefited, or (b) in the period of six years ending with the day when those proceedings were started (or, if there is more than one such day, the earliest day) he was convicted on at least two separate occasions of an offence constituting conduct from which he has benefited. (4) But an offence does not satisfy the test in subsection (2)(b) or (c) unless the defendant obtains relevant benefit of not less than £5000".

[81] La ley rige desde el 27 de diciembre de 2002. Esta ley tiene su origen en el decreto 1975 del 3 de septiembre del 2002 por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio. La aplicación de la ley 333 desde 1996 estuvo centrada en la extinción de dominio de los bienes por hechos vinculados con el narcotráfico. Ver el informe "La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia", cit., p. 20.

[82] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

constitucionales propias del derecho penal[83] –por ejemplo, no puede ser alegada la garantía de irretroactividad de la ley[84]—. La extinción de dominio no es una "confiscación de bienes" sino un decomiso que, de acuerdo a la Constitución,sólo puede ser ordenado judicialmente[85].

La acción procede:

"1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.

2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.

3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito[86].

4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.

5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos

---

[83] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1096-03.

[84] La Corte Constitucional ha justificado la aplicación retroactiva de la ley de extinción del dominio, cfr. sentencia C-740-03.

[85] "[L]a declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción", Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

[86] Este supuesto ha sido criticado porque no está previsto en la Constitución Política expresamente. Ante estas objeciones, la Corte Constitucional sostuvo que "Frente a esta causal podría argumentarse, como lo hace el Procurador General de la Nación, que se trata de una disposición inexequible en cuanto amplía la procedencia de la extinción de dominio a supuestos no previstos por el constituyente. No obstante, lo que hace la citada expresión es dar lugar a la extinción de dominio pero no con base en el artículo 34 de la Carta sino con base en el incumplimiento de la función social y ecológica que a la propiedad le impone el artículo 58", Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso"[87].

El art. 3 prevé la sustitución por bienes de valor equivalente[88] frente a casos, por ejemplo, de destrucción, consumo, desaparición o transferencia a tercero de buena fe[89].

La acción de extinción de dominio no puede perjudicar a los terceros de buena fe exentos de culpa[90]. Al tercero le es exigible una buena fe calificada, por la cual, debe actuar con lealtad y rectitud y realizar las conductas necesarias para verificar con certeza que la persona que le transmite los derechos sobre el bien en cuestión es el propietario[91].

La Corte Constitucional consideró que la acción respeta el debido proceso[92] y que no establece una inversión de la carga probatoria a favor del Estado. El Estado debe acreditar la existencia de una causal que haga procedente la acción, quedando el afectado en la posibilidad de controvertir los argumentos esgrimidos. Para justificar tal tesitura se afirmó que el particular está en mejores condiciones para fundar la legitimidad del título sobre el bien —teoría de la carga de la prueba dinámica—[93]. Lo que debe tenerse en cuenta es que el objeto de discusión se ciñe a las causales de procedencia de la extinción de dominio y no a la comisión de las actividades ilícitas.

---

[87] Ley 793, art. 2.

[88] "Debe tenerse en cuenta que, quien adquiere un bien con el producto de una actividad ilícita, intentará deshacerse de él enajenándolo o permutándolo, por cuya transacción recibirá un bien o recurso equivalente. En tales casos, aunque el bien salió de su dominio, lo recibido por dicha transacción puede ser objeto de extinción de dominio, dado que ningún amparo constitucional puede tener el provecho o ventaja obtenido de una actividad dolosa", Corte Constitucional, sentencia C-740/03.

[89] Estos supuestos fueron alegados por el Estado en la sentencia de la Corte Constitucional C-1065/03.

[90] Ley 793, art. 3.

[91] La cuestión ha sido analizada por la Corte Constitucional y se determinaron que los elementos para que esté presente la buena fe cualificada son: *'a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes [...] b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y* c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legitimo dueño', sentencia C-1096/03.

[92] Ley 793, art. 8 y Cfr. sentencia C-1065/03 de la Corte Constitucional.

[93] Corte Constitucional, sentencia C-740/03 y en la sentencia C-1096/03.

El procedimiento es posible aún en rebeldía del afectado, quien será representado por un curador *ad litem*.

La aplicación de esta ley incrementó el número de sentencias de extinción de dominio. En el período de 1996 a 2002 hubo 44 sentencias, en cambio, entre 2003 y 2004 hubo 264[94]. Aparentemente, el aumento no ha sido acompañado con un sistema eficiente para administrar y distribuir los beneficios derivados de los bienes extinguidos[95].

5. Decomiso de bienes en poder de terceros

El auge del decomiso del producto del delito trajo como consecuencia la sofisticación de las técnicas de lavado de activos. El aumento del uso de terceros para estos fines, sean personas físicas en la forma de testaferros o personas jurídicas en la forma de vehículos corporativos registrados offshore cuya propiedad es difícil de acreditar- ha llevado a afirmar que "*probablemente, el tema más complicado en este área, es cómo evitar que el imputado evada el decomiso a través del uso de terceros y, al mismo tiempo, proteger adecuadamente los derechos de los terceros de buena fe*"[96].

Reconociendo el auge de esta problemática, el Consejo de Europa, en la ya comentada Decisión Marco 2005-212, recomienda a los Estados miembros:

> "*estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica*".

Pero cualquier regulación al respecto debe, como lo indican todos los estándares internacionales, respetar los derechos de los terceros de buena fe. Al regular el decomiso,

[94] Cfr. informe "La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia", cit., p. 26.
[95] Ver el informe "La extinción de Dominio de los Bienes Rurales en Colombia", cit., p. 31.
[96] Pieth, Mark, "Seizure and confiscation", *supra* nota 17, p. 262.

el artículo 31 de la UNCAC establece que "*Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe*"[97].

Los países difieren en la forma de resolver esta tensión.

Algunos países recurrieron a la teoría del "control" para permitir el decomiso de bienes "bajo el control" del imputado[98], aún cuando estén en poder de terceros[99], si la acusación puede probar o bien que el tercero conocía o debió conocer el origen del bien o bien que el tercero fue negligente al momento de su adquisición[100].

Algunos países admiten excepciones al derecho de los terceros de buena fe y permiten el decomiso de bienes que han sido transferidos en forma gratuita –regalados, herencias- o sin una remuneración adecuada. El fundamento de esta reglas es que los intereses de la política de decomisar el producto del delito superan los de proteger a quienes recibieron los bienes gratuitamente.

Siguiendo el mismo razonamiento, algunos países admiten el decomiso de bienes que benefician a una persona jurídica desvinculada de los procedimientos penales. En verdad, este procedimiento tiende a evitar la utilización de vehículos corporativos para ocultar bienes de origen ilícito.

El TEDH admitió, en muchas oportunidades, la compatibilidad del decomiso *de bienes en poder de terceros, bajo procedimientos civiles, limitando la protección de los terceros a* las garantías que la determinación de los derechos civiles en general y la propiedad privada en particular. Esto incluye el derecho a ser informado sobre cómo recurrir las decisiones que afectan a los derechos; el derecho a intervenir en el procedimiento, aunque la medida en cuestión esté siendo o haya sido tomada; el derecho a ser oído ante el tribunal que tomará o ha tomado la decisión y el derecho a ser representado legalmente[101].

---

[97] Téngase en cuenta que el *Preámbulo* de la Convención de la ONU hace referencia a la protección del derecho de la propiedad, cuando reconoce "los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad".

[98] Es el caso, entre otros, de Francia, Japón o el Reino Unido. Cfr. Pieth, Mark, "Seizure and confiscation", op. cit., p. 262.

[99] Está opción está disponible en sistemas con tradiciones jurídicas tan diferentes como México, Australia, Finlandia y Dinamarca. Cfr. Pieth, Mark, "Seizure and confiscation", op. cit., p. 262

[100] Es el caso, por ejemplo, de Bélgica, Dinamarca, Holanda, Noruega, entre otros. Cfr. Pieth, Mark, "Seizure and confiscation", op. cit., p. 262

[101] Ver la sentencia del Tribunal Europeo en los casos "Agosi vs. United Kingdom", 24 de octubre de 1986, nro. 9118/80 y "Air Canada vs. United Kingdom", 5 de mayo de 1995, nro. 18465/91.

6. Sustitución de bienes: el decomiso “de valor equivalente”

Para evitar algunos de los problemas asociados al decomiso en poder de terceros, prácticamente todos los países admiten el decomiso “basado en el valor” o sustitutivo. A diferencia del decomiso “objetivo”, que constituye una transferencia de la propiedad de origen ilícito al Estado, el decomiso “del valor equivalente” consiste en una obligación de pagar determinada cantidad de dinero al Estado por parte de quien se enriqueció ilícitamente. La orden se dirige a la persona condenada por el delito, es decir, que el modelo opera *in personam*.

La principal característica de este modelo es que los bienes no mantienen una “relación física” con el delito, lo que permite decomisar bienes que no estén conectados de ningún modo con el delito en cuestión, es decir, sin importar el modo en el cual esos bienes hayan sido adquiridos. En otras palabras, este modelo permite el decomiso de bienes obtenidos lícitamente. La principal ventaja en relación con el modelo objetivo es que el decomiso basado en el valor no requiere rastrear los activos obtenidos mediante la comisión del delito, sino únicamente determinar su valor. Una vez determinado, el decomiso procede contra cualquier activo disponible perteneciente a la persona condenada.

Por otra parte, dado que el decomiso basado en el valor sólo opera contra la propiedad perteneciente a la persona condenada, no existen riesgos de afectar derechos adquiridos por terceros de buena fe. La obvia desventaja del sistema deviene de la posible insolvencia del condenado, de la transferencia a personas físicas a quienes no pueda imputarse un tipo de lavado de activos, o la transferencia a personas jurídicas en sistemas que no prevén su responsabilidad penal, ni la resuelven para el caso específico del decomiso.

En la práctica, el decomiso basado en el valor opera como una pena de multa. Sin embargo, no deben perderse de vista sus diferencias conceptuales: mientras que el monto de la multa se relaciona con la gravedad del hecho y con la conducta de la persona condenada, el monto del decomiso del producto del delito se determina en función de las ganancias producidas por el delito.

A favor del decomiso sustitutivo también se ha afirmado que un modelo de decomiso puramente objetivo podría llevar a consecuencias injustas, dado que los bienes que han sido consumidos al momento en que se emite la orden de decomiso, o los bienes que no pueden ser rastreados, escaparán al decomiso independientemente que se haya identificado al autor del delito. Como señaló gráficamente la Corte Suprema estadounidense, "*un ganster que despilfarra sus ganancias en mujeres y vino se ha beneficiado del delito del mismo modo que aquel que puso sus ganancias en una cuenta bancaria*"[102].

El decomiso sustitutivo podría violentar el principio de prohibición de múltiple persecución por el mismo hecho de una persona condenada por lavado de activos y, luego, por el delito precedente, o en caso de que hubiera existido una reparación civil previa o extrajudicial a las víctimas. Algunas legislaciones obligan a sus tribunales, al determinar el monto a decomisar, a establecer si existieron erogaciones previas vinculadas[103].

Las Convenciones internacionales receptan ambos modelos indistintamente[104], dejando al legislador doméstico la decisión sobre si implementar uno o ambos modelos, y en el último caso, si permitir su aplicación alternativa o subsidiaria.

La mayoría de los países, tanto de tradición continental como de tradición anglosajona permiten ambos sistemas[105], aunque el decomiso basado en el valor es una alternativa subsidiaria, que opera únicamente cuando el producto del delito no puede ser

[102] "US v Ginsgerg", 773 F. 2d, 789, 802, (7th Cir. 1985).
[103] Cfr. Stessens, G., cit., p. 80.
[104] En la Convencion de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilicito de Estupefacientes y Sustancias Sicotropicas en el art. 5 se dispone "1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto". En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se prevé en el artículo 12 que "1. Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto". Por su parte, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se establece en el artículo 31 que "1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto".
[105] Son notables las excepciones de España y México, que no admiten la sustitución. Cfr. Pieth, Mark, "Seizure and Confiscation" en Pieth, M, Low, L. y Cullen, P., "The OECD Bribery Convention. A commentary", Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 257. En el Reino Unido y en Holanda, en cambio, el decomiso basado en el valor es la regla si el imputado dispone de bienes para que sea realizado, Cfr. Stessens, G., cit, p. 35.

rastreado. Por ello, el decomiso basado en el valor es también llamado "decomiso sustitutivo". En la práctica, el decomiso basado en el valor opera a la par del decomiso objetivo[106] en muchos países, incluyendo los Estados Unidos donde las excepciones que permiten la sustitución son tantas[107] que usualmente se ejecuta contra los bienes que el Fiscal logre inmovilizar.

7. El "producto" de los delitos de corrupción

El art. 2.e de UNCAC define el producto del delito como "*los bienes*[108] *de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito*" y el art. 31 de la UNCAC fija ciertos parámetros mínimos para determinarlo.

Por una parte, cubre los casos en los que el producto original se convierte o transforma, total o parcialmente, en otros bienes. Por otra, cubre los casos en los que el producto se entremezcla con otros bienes adquiridos de fuentes lícitas, obligando a los Estados parte a decomisar "*hasta el valor estimado del producto entremezclado"*.

Finalmente, también prevé el decomiso del "producto secundario", es decir, de cualquier ganancia derivada del producto del delito. Al respecto establece que el decomiso debe recaer sobre "*los ingresos u otros beneficios derivados* del producto del delito", cubriendo también los casos en los cuales tales beneficios se han transformado, convertido o entremezclado con otros bienes. Ello incluye cualquier apreciación, interés, renta o beneficio derivado de cualquier inversión realizada con el producto del delito.

Como se explicó antes, el decomiso del producto del delito fue reintroducido a fines de los 80 para reducir el narcotráfico y posteriormente ampliado a otros mercados ilícitos incluidos en el concepto de criminalidad organizada. En estos mercados, todas las transacciones son ilícitas porque se refieren a los bienes o servicios que están fuera del comercio legítimo –estupefacientes, órganos humanos, trata de personas, migración

[106] Stessens, G., cit, p. 35

[107] La sustitución es permitida cuando el producto del delito no pueda ser localizado, haya sido transferido o vendido a un tercero, haya sido transferido fuera de la jurisdicción del tribunal, haya disminuido sustancialmente su valor, o se haya entremezclado con otra propiedad de la cual no pueda ser separada sin dificultades, el decomiso procede contra cualquier bien, sin importar su relación con el delito. Cfr. título 18 del United State Code, a partir de la sección 982.

ilegal, armas, etcétera-. Ningún contrato es ejecutable y el objetivo político-criminal de decomisar el producto relacionado con estos delitos es, precisamente, reducir estos mercados ilícitos.

Los delitos de corrupción merecen en cambio un análisis diferente.

En términos generales, el producto de los delitos de corrupción puede provenir de dos fuentes: de las arcas públicas –fraudes contra la administración pública, malversaciones de caudales públicos, algunos casos de negociaciones incompatibles- o del sector privado –exacciones ilegales, cohechos, tráficos de influencia. En el primer caso, el producto del delito usualmente equivale al dinero desviado del tesoro público, y su determinación no ofrece mayores inconvenientes.

En los casos de cohecho, en cambio, el producto incluye tanto las ventajas económicas recibidas por el servidor público –el soborno o la dádiva- como las ventajas económicas obtenidas a cambio del pago del soborno.

El caso del soborno no ofrece ninguna dificultad. En cambio, los beneficios obtenidos a raíz del soborno –el contrato, la licencia, la obra, la autorización, la ley, la sentencia, la resolución o lo que fuera que diera motivo al pago del soborno-, requieren de mayor análisis.

Algunas legislaciones han establecido el decomiso de las ventajas (netas) económicas obtenidas, sólo si se comprueba que el soborno fue el factor determinante para la conclusión del contrato[109]. Otras legislaciones, en cambio, han incluido fórmulas amplias que tienden a permitir cierta discreción de los tribunales en la determinación del monto a decomisar[110].

---

[108] Los bienes son definidos en el artículo 2, d). como "*los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*"

[109] Cfr, "Alemania", Fase 1, p. 9 disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/14/1/2386529.pdf, para Suiza, "Evaluación de Suiza sobre la implementación de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OECD", Fase 1, de febrero de 2000, p. 10, disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/16/45/2390117.pdf

[110] La ley Noruega ha incluido en su legislación interna la misma redacción que el comentario oficial de la Convención OECD, ordenando el decomiso de las "ganancias u otros beneficios del sobornador derivados de la transacción, u otras ventajas impropias obtenidas o retenidas a través del soborno". Cfr, "Evaluación de Noruega", Fase 1, p. 15, disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/15/35/2389183.pdf. La jurisprudencia francesa ha admitido el decomiso del precio del contrato obtenido por medio del soborno, cfr. "Evaluación de Francia", Fase 1, p. 16, disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/24/50/2076560.pdf

En muchos casos, probar en juicio qué es exactamente lo que se ha comprado con el soborno no es materia sencilla. Un cohecho puede comprar desde la posibilidad de participar en una licitación hasta un monopolio de por vida, pasando por admitir bienes o servicios sobrevaluados, consentir la falta de controles sobre la calidad de los bienes o servicios, permitir el crecimiento de un grupo económico a expensas de sus competidores.

Sin embargo, como señala Pieth, requerir una relación causal entre el soborno y el otorgamiento del contrato es probablemente la mejor forma de otorgar cierta previsibilidad sobre las reglas aplicables y de evitar que la incertidumbre incida en el cálculo de riesgos de expropiación y repercuta en la confianza de los inversores[111].

Aún asumiendo que la evidencia del caso permita al juez establecer una relación de causalidad entre el soborno y el contrato o la ventaja de la que se trate, determinar el "*beneficio económico*" obtenido al momento de sentenciar el decomiso puede ser extremadamente difícil.

Cuando se trata de mercados ilícitos, como los estupefacientes o el tráfico de órganos, la mayoría de las legislaciones admiten el decomiso de las ganancias brutas porque el fundamento del decomiso es, precisamente, desarticular las organizaciones que lucran con esos bienes o servicios. Cuando se trata de evaluar las ventajas obtenidas a raíz de un contrato que, si no fuera por el soborno, sería lícito, parece claro que el análisis debe variar. Para comenzar, no pareciera haber buenas razones para que los costos no puedan ser deducidos.

Por otra parte, cuando se trata de concesiones, licencias o contratos de explotación a largo plazo, las ventajas económicas pueden no conocerse al momento de determinar el decomiso. En estos casos, los precios de mercado pueden ayudar al Juez a realizar la estimación.

Como en la mayoría de las legislaciones el decomiso del "producto del soborno" es discrecional, la experiencia en la materia es, aún en los países de la OECD, muy pobre: los fiscales están en general poco acostumbrados a requerir el decomiso en los casos de

[111] Pieth, Mark, "Seizure and confiscation", cit., p. 260.

corrupción, y cuando lo están, enfrentan serias dificultades para probar y discutir los beneficios obtenidos[112].

Una explicación plausible de estos resultados es la tendencia de los países de tradición continental de dejar estas determinaciones para el derecho civil y administrativo[113].

[112] Ibidem, p. 263.

[113] Ver, por ejemplo, el art. 8 de la Civil law Convention on Corruption del Consejo de Europa, ETS 174, del 4 de Noviembre de 1999: "Cada Parte deberá proveer en su derecho interno la posibilidad de que aquellos cuyo consentimiento haya sido viciado por un acto de corrupción puedan recurrir a un Tribunal para reclamar la anulación del contrato". Más enérgicamente, el Decreto 1023-01 del Poder Ejecutivo argentino, estableció la "rescisión de pleno derecho del contrato" en el que hubiera habido dádivas, cohechos u otras formas de corrupción.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

La necesidad de uniformizar criterios en el Código Procesal Penal. Dos casos: La transcripción de las audiencias orales y el procedimiento de confirmación de incautación

FRAY TOMÁS DE TORQUEMADA. "La necesidad de uniformizar criterios en el Código Procesal Penal. Dos casos: La transcripción de las audiencias orales y el procedimiento de confirmación de incautación. Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

LA NECESIDAD DE UNIFORMIZAR CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DEL CODIGO PROCESAL PENAL, DOS CASOS: LA TRANSCRIPCION DE LAS AUDIENCIAS ORALES Y EL PROCEDIMIENTO DE CONFIRMACION DE INCAUTACIÓN

Fray Tomás de Torquemada

SUMARIO

I. INTRODUCCION. II. IDEAS PRELIMINARES: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN EL ENFOQUE DE LA CAPACITACIÓN EN EL CODIGO PROCESAL PENAL. III. LA ORALIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL CODIGO PROCESAL PENAL. 3.1 La noción de *escrituralidad* versus la oralidad en el nuevo sistema. 3.2 Interpretación evolutiva de la constitución. Hacia una solución creativa de las discrepancias en la interpretación: ¿Porqué grabar es diferente a escribir? IV. LA CONFIRMACION DE INCAUTACION Y LA BUSQUEDA DE PRUEBAS: UN EJEMPLO DE LA FALTA DE UNIDAD DE CRITERIOS. 4.1 Finalidad de la incautación de bienes. 4.2 Autorización judicial para la incautación: *ex ante* y *ex post*. 4.3 Teoría de la causa probable. 4.4 El Plazo para la confirmación de la incautación. 4.5 La interpretación de la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa. 4.6 Incautación y decomiso. Diferencias. 4.7 El decomiso de drogas y otras sustancias prohibidas. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA

"Para que el mal triunfe, solo se necesita que los hombres buenos no hagan nada."
Edmund Burke

NOTA: Todas las referencias normativas hechas en el presente artículo se deben entender referidas al Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) salvo que se especifique lo contrario.

I. INTRODUCCION

Cuando se dispuso la entrada en vigencia progresiva del Código Procesal Penal en el Perú, no solo se inició el proceso de aplicar una nueva norma, si no la instauración de todo un nuevo sistema, con filosofía y estructura muy diferente al sistema predecesor. Entre los resultados esperados de este nuevo sistema procesal penal se tiene una mayor celeridad en los procesos, la protección de los derechos fundamentales de todos los sujetos procesales intervinientes, la lucha contra la delincuencia y la predictibilidad de las resoluciones judiciales como garantía de transparente administración de justicia.

Hoy en día es visible cómo cada Corte Superior aplica su propio criterio en materia de interpretación de la norma procesal a medida que va entrando en vigencia la norma, en algunos casos reflejando la idiosincrasia de cada región y el liderazgo de sus magistrados, en mayor o menor grado receptivos a la reforma, pero en todos los casos como consecuencia de una evidente falta de capacitación integral, compleja y especializada.

En este orden de ideas, en la primera parte de este trabajo se hace un breve análisis preliminar de los defectos a nivel de capacitación que a su vez generan la ausencia

de predictibilidad de las resoluciones judiciales y en la segunda parte un estudio breve de dos casos que demuestran como en temas muy específicos, las diferentes cortes del país, incluyendo la Corte Suprema, encuentran soluciones distintas y en algunos casos antagónicas a determinados problemas de índole procesal.

Finalmente, se ha hablado mucho en los últimos tiempos acerca de que el código genera impunidad, al extremo de proponer una serie de reformas normativas a éste; sin embargo si esta idea llega a calar, se corre el riesgo de que el Poder Legislativo modifique diversos artículos de la norma hasta hacer desaparecer su espíritu garantista. Lo cierto es que es muy probable que la raíz de este problema sea la pobre capacitación de los jueces, fiscales y Policía Nacional. La impunidad de la que se habla, usualmente se inicia en diligencias preliminares con una actividad de investigación y recolección de evidencia de muy pobre calidad, lo que se mantiene durante la etapa de investigación, contribuyendo a cimentar estas deficiencias la falta de criterios unánimes por parte de la magistratura para la insoslayable defensa de los derechos fundamentales de los involucrados en un proceso penal. Ninguna modificación en el Código logrará revertir este hecho si no se empieza primero por una verdadera y profunda capacitación a nivel nacional.

II. IDEAS PRELIMINARES: LA PREDICTIBILIDAD EN MATERIA DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN EL ENFOQUE DE LA CAPACITACIÓN EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

Uno de los principales problemas en la actual administración de justicia en todas las materias, es la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales. En el caso del Código Procesal Penal vigente en gran parte del país, esto se evidencia más cuando se publican resoluciones judiciales provenientes de distintos distritos judiciales con soluciones divergentes respecto a un mismo tema.

Tal vez uno de los mayores costos sociales para el proceso de implementación sea el que genera la falta de capacitación. Los jueces y fiscales no preparados incurrirán en el dictado de resoluciones que amparan la arbitrariedad o actuarán diligencias que vulneran derechos fundamentales. Un defensor no capacitado no podrá garantizar al imputado (culpable o no) la mejor defensa posible en el marco de sus derechos constitucionales.

Se ha observado lamentablemente que en muchas capacitaciones, el propio ponente se encarga de advertir que el Código está lleno de errores, en lugar de proponer soluciones o interpretaciones que más bien corrijan los defectos legislativos y fortalezcan el sistema.

De otro lado se ha visto permanentemente la exagerada importancia que se le ha dado a las simulaciones de audiencias, en detrimento del necesario estudio de la dogmática procesal. Ejemplo de ello es uno de los casos a tratarse en este trabajo y que demuestra el casi inexistente conocimiento en nuestro medio de la teoría de la causa probable, teoría fundamental para aplicar cualquier medida restrictiva de derechos que permita la búsqueda de pruebas en el proceso penal. Este desconocimiento (que debió ser despejado mediante las capacitaciones) ha generado al momento de la aplicación del Código distintas y encontradas posiciones interpretativas de la norma por parte de fiscales y defensores así como de los propios magistrados.

De igual manera la falta de capacitación ha permitido que existan dudas respecto al manejo de los audios y la aplicación del principio de oralidad en el desarrollo del proceso penal. Esto a su vez ha permitido que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República haya dictado la Casación 061-2009-La Libertad que a todas luces debilita el modelo respecto a la oralidad.

Así como estos hay muchos otros casos, por lo que resulta difícil que tanto jueces como fiscales asuman con valentía la necesidad de controlar la legalidad de las pruebas, la defensa irrestricta de la presunción de inocencia y condenar todo procedimiento arbitrario o lesivo a los derechos fundamentales de las personas, en particular del investigado o imputado; así como la defensa de los principios fundamentales del Código como son la oralidad, publicidad y contradicción.

Abona a lo argumentado la poca capacitación que se brinda a la Policía Nacional. Se ha incurrido en el error de capacitar a la policía (en las contadas oportunidades que se ha hecho) exclusivamente en temas de derecho procesal, invitándolos a seminarios y foros dirigidos a jueces, fiscales y abogados. Se cree erróneamente que es suficiente que la policía conozca los principios básicos del sistema garantista y algunos artículos de la norma. Lamentablemente la realidad nos ha demostrado que no es así. La Policía Nacional, y en tanto no haya una adecuada especialización institucional, necesita capacitación específica en criminalística, métodos de recojo y

resguardo de evidencia, métodos de interrogatorio, pautas claras y concisas de mecanismos para la obtención de pruebas evitando prácticas arbitrarias o ilegales que generen en el futuro que estas pruebas no puedan ser utilizadas en juicio.

Estas fallas en el sistema hacen peligrar su implementación, sobre todo cuando llegue el momento de aplicar el Código Procesal Penal en los distritos judiciales de Lima. Es previsible que los errores, divergencias interpretativas y la poca predictibilidad de las resoluciones judiciales se vean multiplicados enormemente ante el previsible número de causas que se producirán en estos distritos judiciales, con la consecuente percepción de la población de que el Código contiene fallas, cuando, conforme la experiencia de quienes estamos involucrados con el modelo, estas fallas son humanas y surgen debido a la incorrecta aplicación del modelo por falta de preparación y capacitación. El análisis que se presenta a continuación procura demostrar esto y adicionalmente aportar con elementos que permitan desarrollar el modelo penal en beneficio del sistema de administración de justicia.

III. LA ORALIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Con fecha cinco de marzo del año dos mil diez, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República expidió resolución en la casación Nro. 61-2009-La Libertad, donde en líneas generales se dispone que en las actas de audiencias llevadas conforme las reglas del Código Procesal Penal se haga la transcripción íntegra de las resoluciones que se dictan en estas, ello como consecuencia de una defectuosa elevación de autos por parte de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.

La referida resolución y su lapidaria parte resolutiva se producen aparentemente porque al elevar los autos se cometieron graves omisiones como no remitir los audios, a su vez las actas no se encontraban suscritas por los magistrados de la Sala de Apelaciones y en el caso de la resolución dictada por el Juez de Investigación Preparatoria, este declaró infundadas las excepciones de manera escueta sin colocar por lo menos la causal por la cual así fueron declaradas.

Si bien es cierto que en estricto no es obligatorio remitir los audios, ya que esto no está regulado expresamente en ningún dispositivo del código ni de los reglamentos correspondientes, resulta una cuestión de sentido común, y adicionalmente de

interpretación evolutiva de la norma: Si el audio es parte del expediente, y el mandato del artículo 430.5 del Código dispone elevar los actuados, se entiende que deben remitirse también los audios producidos a lo largo del proceso, o cuando menos los que van a ser materia de análisis.

Es importante indicar que la omisión en particular no fue de los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad, puesto que como establece el Reglamento del Expediente Judicial bajo las normas del Código Procesal Penal aprobado por Resolución Administrativa 096-2006-CE-PJ en su artículo 35, las grabaciones están a cargo de la unidad de custodia de grabaciones y expedientes de cada corte, y más adelante en el artículo 36.4 precisa que es función de esta unidad *"prestar los CD's de audiencia y expedientes judiciales a los Jueces y auxiliares jurisdiccionales cuando les sean requeridos"* por lo que la resolución en análisis debió haber impuesto en todo caso sanciones administrativas a esta unidad.

Sin ánimo de justificar la omisión de los encargados de la unidad de custodia de grabaciones y expedientes de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, es posible afirmar que la persona a cargo de preparar el expediente para su remisión olvidó que en Lima aún no está vigente el Código y por tanto no está integrada al sistema informático que contiene el expediente digital que incluye a los audios. Cabe resaltar aquí un visible error en el diseño y aplicación del sistema procesal: Si una de las ventajas que acompañan a la código es la implementación de un sistema informático integrado que evita el traslado físico de los CD's con el registro de las audiencias, era evidente que los procesos necesariamente tendrían que pasar en algún momento por la Corte Suprema en vía de casación, por lo que desde un inicio debió integrarse a las Salas Penales Supremas con este sistema informático.

Precisado lo anterior y entrando en materia, de la lectura de la casación 061-2009 aparece que no se llegó a resolver el fondo del recurso ya que las omisiones fueron advertidas en la calificación de admisibilidad de este. Así la Sala Penal Permanente decide, como consecuencia de ellas, imponer a la Sala Penal de Apelaciones de La Libertad y adicionalmente a todas las salas y juzgados penales del país la obligación de transcribir el íntegro de las resoluciones dictadas en audiencia.

El primer efecto, negativo por cierto, de esta resolución es su potencial capacidad de desalentar o desincentivar la oralidad y la inmediación en el proceso penal, ya que el Juez al momento de tener la facultad de escoger entre dictar una resolución en

audiencia de forma oral o diferirla para emitirla por escrito, y al saber que está obligado a transcribir los fundamentos, probablemente optará por diferir el dictado de la resolución a fin de evitar una doble labor.

Otro efecto podría ser la pérdida de calidad de las resoluciones, ya que al tener que resumirlas para poder lograr su transcripción rápida, se perdería toda posibilidad de explotar la oralidad como un mecanismo apropiado para una mejor elaboración de resoluciones. También existe la posibilidad de que el magistrado opte por recurrir al formato preparado previamente vulnerando directamente los principios del código al llevar una resolución pre elaborada convirtiendo la participación de las partes en audiencia en una formalidad puramente simbólica.

La Sala Penal Permanente en su disposición cuestiona el mecanismo de la transcripción de sólo la parte resolutiva, por cuanto al no contener el acta los fundamentos, no se puede saber si lo resuelto guarda relación con estos. Si se observa con atención, la transcripción de la resolución completa no resuelve el problema señalado por la Sala Penal Permanente, debido a que la lectura y revisión de la motivación escrita del magistrado no garantiza que ésta esté vinculada con la fundamentación expuesta en audiencia por las partes procesales, lo que conlleva a que necesariamente tendría que escucharse el audio a fin de revisar si lo resuelto es coherente con lo expuesto por estas partes; en caso contrario la transcripción tendría que contener también lo expuesto por ellas, obligando por tanto no solo a la transcripción completa de la resolución si no a una transcripción literal de toda la audiencia.

En esta hipótesis, siendo que deberían transcribirse los audios de las audiencias llevadas a cabo al amparo del nuevo ordenamiento procesal penal, ¿Cómo debe considerarse el fuerte impacto que se produciría en la implementación y puesta en marcha del sistema procesal? De ser así se afectaría gravemente el presupuesto que consume la implementación del Código, pues se requerirá (tardíamente) de uno mayor, con las dificultades que ello implica, para contratar personal adicional que se dedique exclusivamente a la transcripción de los audios, restándole eficiencia al modelo o caso contrario se produciría un innecesario retraso en el trámite de los expedientes al obligar al personal jurisdiccional y jueces a adicionar horas de trabajo a sus labores para la transcripción de resoluciones e intervenciones de las partes.

3.1 La noción de *escrituralidad* versus la oralidad en el nuevo sistema

Respecto a la oralidad de las resoluciones judiciales, conforme a la interpretación que aparece en el considerando quinto de la casación en análisis, en el sentido de la transcripción íntegra de ellas en el acta, es necesario señalar que esta discusión ha sido superada por el Tribunal Constitucional mediante la resolución expedida en el expediente 02937-2009-PHC/TC, fundamento 5, recogiendo la tesis de la interpretación evolutiva del artículo 139 inciso 5 de la Constitución, cuando al referirse al audio de la audiencia señala:

> *"En conclusión, no se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ni de ningún otro derecho invocado, toda vez que la Primera Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad ha cumplido con las exigencias del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política, al haber motivado la resolución cuestionada en forma razonada y suficiente."*

La Sala Penal Permanente indica también como fundamento que es necesario que las resoluciones estén transcritas de manera que se pueda garantizar su registro y archivo. En ese sentido cabe afirmar que el registro informático es mucho más eficiente que el papel en cuanto a archivo, control, orden y registro. Analicemos:

a) El papel contra la creencia de la mayoría de la gente, es mucho más susceptible al medio ambiente que los archivos informáticos. El costo de almacenar papel y preservarlo es altísimo comparado al de la conservación de archivos informáticos, los que mediante un eficiente sistema de copias de seguridad, suelen ser más seguros, ocupando menos espacio y colaborando con las políticas ambientales de ahorro de papel e insumos químicos de la tinta. Adicionalmente la organización de archivos informáticos es menos costosa y más fácil que los archivos de papel. Su acceso es más rápido y por tanto su uso más eficiente.

b) De otro lado si el objetivo es legitimar las resoluciones judiciales mediante la crítica jurídica y social de éstas, entonces ¿Por qué mantener la fotocopia como práctica cuando es mucho más viable y barato para la población en general acceder a los audios de las audiencias desde un determinado portal institucional vía internet? Se economiza también el papel, tinta y los sobrecostos de la fotocopia, así la sociedad puede acceder a cada una de las incidencias de una audiencia como si estuviese asistiendo a ella, con todos sus bemoles, discusiones y argumentaciones, en lugar de la fría lectura de un acta.

Finalmente, la Sala Penal Permanente invoca el artículo 27 apartado 2 del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, que indica: *"Si el Juez resuelve en el acto de audiencia, se consignará completamente el contenido de su decisión y los sujetos procesales intervinientes se tendrán por notificados en el mismo acto."* De acuerdo a la Sala Suprema esta norma debe interpretarse en el sentido que toda la resolución deba consignarse en el acta, sin embargo se puede ver que el apartado del reglamento alude solamente a la parte resolutiva de la resolución, mas no a la parte considerativa o fundamentos. Curiosamente prueba de ello es la propia resolución en análisis, léase luego del considerando sexto, con negritas y centrada la palabra **DECISION** previa a la parte resolutiva, siguiendo luego la expresión *"Por estos fundamentos"* de lo que se puede afirmar categóricamente y por la propia redacción de la casación 61-2009-La Libertad, que el artículo 27 apartado 2 del Reglamento General de Audiencias se refiere a la parte resolutiva de cada auto o sentencia según corresponda.

3.2 Interpretación evolutiva de la constitución. Hacia una solución creativa de las discrepancias en la interpretación: ¿Porqué grabar es diferente a escribir?

Como se sabe, un notable aunque no mayoritario sector de la magistratura sostiene que la no transcripción de audiencia o por lo menos del íntegro de la resolución atenta contra la constitución por cuanto el registro o grabación del audio de la resolución no cumple con el mandato de resolución motivada escrita.

A este respecto, es necesario dar una breve mirada al pasado: En 1881, Thomas A. Edison, crea un aparato capaz de convertir la energía acústica en energía mecánica al que denomina fonógrafo. Las ondas eran registradas en cilindros de cera, mediante la creación de surcos con una aguja. Este procedimiento recibe el nombre de *"grabado"* debido a su similitud con el procedimiento de tallar o grabar en piedra, madera o metal. El equivalente de la palabra *"grabar"* en inglés es el término *"record"*. Posteriormente la grabación magnética es patentada en 1900 por el danés Valdemar Poulsen quien mediante el Telegráfono registra los sonidos en un hilo de metal magnetizado por un electroimán.

Más adelante ap arecen los discos de vinilo con el mismo principio creado por Edison, mediante surcos. Aparecen también las cintas magnetofónicas con la grabación de sonido por medio de diferentes niveles de imantación en una cinta. En ambos casos se sigue utilizando el término *"record"* o *"grabar"*. Más tarde las

primeras computadoras aparecidas en los años cincuenta del siglo XX, utilizan también cintas electromagnéticas similares a las magnetofónicas para grabar datos en sistema numérico decimal. La información era procesada por medio de tarjetas de cartón perforadas, cuyos datos eran luego registrados en la cinta y viceversa.

Luego y a fines de los setentas y principio de los ochentas con la aparición del Betamax y el sistema VHS, se utiliza el mismo término para el registro de imágenes en cintas de video. El registro de audio y video en cintas magnéticas de la época tienen en común que usan una tecnología similar a la de sus sistemas predecesores, la que es bastante básica como se ha descrito y es llamada hoy **analógica**; mediante la cual los cabezales de los aparatos mediante un sistema sencillo de reproducción decodifican lo almacenado en los dispositivos correspondientes.

Los avances tecnológicos en informática permiten posteriormente la creación de discos duros y flexibles capaces de almacenar datos en formato electrónico y ya no mecánico. Este sistema es posible gracias a la utilización del sistema binario, así los programadores estando conscientes que al usar este sistema no podía usarse el término convencional *"record"* optan por el uso más apropiado de la palabra *"write"* para el registro de datos informáticos cuya traducción al español es *"escribir"*. Esto es porque el sistema binario finalmente no es otra cosa que otro sistema de escritura como lo fue en la antigüedad la escritura cuneiforme de los sumerios, los jeroglíficos egipcios o como son más recientemente la taquigrafía y el sistema Braille.

En España y en algunos países de Latinoamérica, se tradujo correctamente el término *"write"* y actualmente se hace referencia al proceso de almacenamiento de datos como el de *"leer y escribir datos en el disco duro"* por ejemplo. En el Perú no ocurrió así, y tal vez por el hecho, como ya se ha indicado, de que las primeras computadoras tenían como mecanismo de almacenamiento de datos las cintas de cassette o magnetofónicas se asimiló el término *"grabar"* en lugar del correcto *"escribir"*. Luego al aparecer los ya obsoletos discos flexibles (floppy disk) la jerga informática continuó usando el referido término *"grabar"* hasta la fecha, indistintamente del término correcto *"escribir"*.

Hoy en día el sistema **digital** que usamos a diferencia del analógico registra valores electrónicos positivos o negativos en los medios de almacenamiento de datos (Discos duros, CD's o unidades de memoria flash conocidas como USB o pen drive). Los valores eléctricos de positivo son equivalentes a uno (1) y los de negativo a cero

(0), que son los dos únicos posibles valores en el sistema numérico binario. El microprocesador del computador codifica o decodifica los datos ordinarios que nosotros conocemos y los convierte en última instancia a unos y ceros (positivos o negativos), así una película de alta resolución o una sinfonía completa en términos de registro informático son una serie enorme de unos y ceros.

Así, y en este orden de ideas, cuando se almacena en el computador por ejemplo el audio de una sentencia, se está *escribiendo* en el disco o CD la información binaria codificada, en otras palabras la resolución dictada (y su motivación) están siendo *escritas* en el medio de almacenamiento de datos, en estricto cumplimiento del mandato constitucional. Recordemos que la Constitución no dice: *"Motivación escrita en papel de las resoluciones judiciales [...]"* sino dice: *"Motivación escrita de las resoluciones judiciales [...]"*

En conclusión, este breve repaso histórico no es otra cosa que una afirmación y confirmación en los términos más claros posibles que la interpretación evolutiva de la constitución no hace otra cosa que recoger hechos de la realidad histórica y de los avances tecnológicos ante los cuales no podemos cerrar los ojos, estando obligados más bien a recogerlos y utilizarlos en beneficio de la compleja tarea de administrar justicia.

IV. LA CONFIRMACION DE INCAUTACION Y LA BUSQUEDA DE PRUEBAS: UN EJEMPLO DE LA FALTA DE UNIDAD DE CRITERIOS.

4.1 Finalidad de la incautación de bienes

El Código Procesal Penal establece como uno de los procedimientos para la búsqueda de pruebas la incautación de bienes, conforme el artículo 218 y siguientes, norma que se encuentra ubicado en el Subcapítulo I (La Exhibición e Incautación de Bienes), Capítulo VI (La Exhibición Forzada y la Incautación) del Título III (La búsqueda de pruebas y restricción de derechos) - Sección II (La Prueba) del Libro Segundo (La Actividad Procesal).

La incautación es en primer lugar una medida restrictiva de derechos. Pero ¿cuál es el derecho que se restringe y para qué? Así como la orden de allanamiento de domicilio restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, en la incautación se restringe el derecho a la propiedad privada, que es también un derecho fundamental. Ante la presunta comisión de un delito, el Estado, por medio

de la ponderación a fin de evitar arbitrariedades, autoriza la restricción de estos derechos a fin de lograr un objetivo superior que es la búsqueda de pruebas que permitan destruir la presunción de inocencia que le asiste al investigado.

Como se puede ver, la finalidad primaria no es el apoderamiento del Estado de los bienes incautados de la presunta comisión de un delito, ni sacarlos del tráfico. Si bien en algunos casos los bienes serán retenidos e incluso destruidos para evitar la comisión de otros delitos o la consumación del que se viene investigando, esa no es la función primordial, si no la obtención de pruebas de la comisión de un ilícito.

4.2 Autorización judicial para la incautación: *ex ante* y *ex post.*

La incautación de bienes, como todas las medidas restrictivas de derechos para la búsqueda de pruebas, de acuerdo a nuestro ordenamiento tiene dos posibles momentos para su autorización, uno *ex ante* y otro *ex post*. Es *ex ante* en los casos en los que no existe flagrancia o no haya peligro en la demora. Se podrá solicitar al Juez dicte la medida de incautación fundamentando las razones por las que esta es necesaria. Este requerimiento no puede ser arbitrario ni basarse en corazonadas, deben existir fundadas razones por las cuales resulte necesaria la medida, siendo que en algunos casos se solicitará más de una de ellas, ya sea incautación, allanamiento de domicilio, registro personal u otras.

Se debe dejar claro que la regla general debe ser la autorización de incautación *ex ante* y la excepción la *ex post* (confirmación) y esta sólo cuando concurran los requisitos de la flagrancia o el peligro en la demora, puesto que tal como prescribe el artículo 218, la incautación puede hacerse por el Fiscal o la Policía sin necesidad de orden judicial sólo si existe uno de estos requisitos, luego y conforme establece el punto dos del artículo precitado el Fiscal requerirá al Juez de Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

4.3 Teoría de la causa probable

Las medidas señaladas no son nuevas, ya existían en el ordenamiento procesal penal anterior, pero no contaban con las garantías que se exigen ahora, lo que permitía que en muchos casos fueran dictadas y ejecutadas arbitrariamente. Por ello al momento de dictar la resolución que autoriza o confirma una medida de incautación de bienes, el Juez deberá verificar la existencia de una causa probable a fin de eliminar cualquier indicio o señal de arbitrariedad en la ejecución de la medida.

En ese sentido todavía falta mucho en la doctrina peruana para construir una apropiada teoría de la causa probable para el dictado de medidas restrictivas de derechos. En el sistema norteamericano por ejemplo, la incautación de bienes requiere que se haya probado previamente que los bienes proceden de actividades ilícitas. El desarrollo de esta teoría tiene un largo arraigo en los Estados Unidos, empero por las barreras del idioma poco se ha estudiado en nuestro medio, sin embargo una mirada a la jurisprudencia de Puerto Rico nos puede dar luces del desarrollo de la teoría de la causa probable: Así por ejemplo se ha establecido que la mera comisión de una infracción menor de tránsito no autoriza a la policía a registrar un vehículo de motor sin mandato judicial para tales efectos. Pueblo vs. De Jesús Franqui, 96 D.P.R. 643 (1968) o que la garantía constitucional contra allanamientos y registros ilegales no cubre la incautación de una evidencia que es abandonada o arrojada a un campo abierto, como lo es la vía pública. Pueblo vs. Del Valle, 83 D.P.R. 457 (1961); Pueblo v. González Charón, 83 D.P.R. 450 (1961).

Se sabe que la evidencia obtenida por medio de la incautación podría ser desechada si se verifica que ha sido obtenida mediante violación de derechos fundamentales. Si la incautación no es confirmada la evidencia obtenida por este mecanismo no podrá ser admitida al momento del control de acusación. Esta inadmisibilidad de la prueba se denomina en la jurisprudencia americana como regla de exclusión, estrechamente ligada a los mecanismos de obtención de prueba, entre ellos la incautación. Resulta interesante e ilustrativa la fundamentación hallada en la jurisprudencia de Puerto Rico y que aparece de la siguiente manera:

> "Al referirnos a la '*regla de exclusión*', contenida en la Sección 10 del Artículo II de nuestra Constitución, expresamos en Toll vs. Adorno Medina, 92 JTS 49, Opinión y Sentencia del 29 de abril de 1992, en lo pertinente, que: 'Podemos decir que la regla de exclusión encarna tres propósitos insitos en el Art. II, Sec. 10. Primero, disuadir y desalentar a los funcionarios del orden público de que violen la protección constitucional (*"deterrence"*). Se reconoce que este elemento disuasivo realmente es el más fundamental. Segundo, integridad judicial. Los tribunales no deben ser cómplices de actos de desobediencia a la Constitución y admitir evidencia ilegalmente obtenida. Y tercero, impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilícitos; de otra manera la ciudadanía perdería confianza en el gobierno.' Además, y como señala el Profesor Ernesto Chiesa, la '*regla de exclusión*' se extiende a '*evidencia derivativa*' que ha sido obtenida como '*fruto*' de evidencia primaria que ha sido obtenida ilegalmente, esto es, '*...a otra evidencia cuyo origen está vinculado estrechamente a la evidencia obtenida originalmente en violación de la protección constitucional*'. Como resulta obvio, estamos hablando de la llamada doctrina '*del fruto del árbol ponzoñoso*'." Jurisprudencia del

Tribunal Supremo de Puerto Rico. 98 DTS 015 PUEBLO VS. NEGRON MARTINEZ TSPR-98-15. (Subrayado agregado)

4.4 El Plazo para la confirmación de la incautación

La confirmación de la incautación tiene como fin revestir de legalidad a la evidencia obtenida por este medio y evitar arbitrariedades. Es un mecanismo de control de legalidad como indica el ordenamiento procesal penal colombiano y además, como ya se dijo, es excepcional. La consecuencia de la inobservancia del requisito de la confirmación es necesariamente la inadmisibilidad de la prueba o evidencia, es decir su exclusión del proceso. En otros sistemas más exigentes, como el chileno, no se contempla la confirmación, tal como fluye del texto del artículo 9 del Código Procesal Penal chileno, Título I de Principios Básicos equivalente a nuestro Título Preliminar:

> *"Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía."*

En el caso peruano, si bien el artículo 218.2 no establece un plazo para presentar el requerimiento de la confirmación de la incautación, esta norma debe ser concordada en primer lugar con el artículo 203.3, que establece los preceptos generales y presupuestos para todas las medidas restrictivas de derechos, entre ellas por supuesto la de incautación de bienes. Esta norma indica textualmente que el requerimiento de confirmación de incautación deberá ser puesto en conocimiento del Juez inmediatamente.

Este término de inmediatez es reiterado en el artículo 316, donde adicionalmente se menciona que el Juez de la Investigación Preparatoria emitirá la resolución que corresponda sin trámite alguno y en el plazo de dos días, concordante con el plazo dispuesto en el artículo 203.3 del Código.

El problema en la aplicación de la norma es: ¿A cuánto tiempo debe traducirse en la práctica el término *inmediatamente*? A fin de resolver esta duda debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 204.1, respecto a la impugnación de las resoluciones que conceden o confirman medidas restrictivas de derechos. Como se puede apreciar de su lectura el plazo para impugnarlas es de tres días ***de ejecutada la medida***, de lo que se desprende prístinamente que entre la fecha que se ejecutó la medida, el requerimiento fiscal de confirmación, la resolución de confirmación y la

notificación de esta última no deben transcurrir más de dos días en el mejor de los casos y tres en el peor, ya que el afectado también necesita de un plazo razonable para poder preparar su recurso impugnatorio de estimarlo conveniente.

De mejor redacción es el artículo 241 referido a la inmovilización de bienes muebles, que concede expresamente el plazo de veinticuatro horas para solicitar al Juez la correspondiente resolución confirmatoria.

Como dato referencial el Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 del 2004), en su artículo 84 establece que al plazo de confirmación o revisión de legalidad de lo actuado es de treinta y seis horas:

> ***"Artículo 84. Trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso.*** *Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado."*

Como se ve, este breve análisis debería zanjar toda discusión, el Fiscal a fin de cumplir estos plazos debe de presentar su requerimiento el mismo día que ejecuta la medida de incautación preferentemente y a más tardar al día siguiente.

4.5 La interpretación de la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa

En el sentido propuesto en este trabajo se han pronunciado diversos órganos jurisdiccionales, así el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo en el expediente 2091-2008 declara inadmisible la confirmación de incautación de armas por extemporánea, al no haberse solicitado inmediatamente. Igualmente la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el expediente 2009-00256-25-2001-JR.PE.1 desaprobó la incautación de billetes falsificados al haberse presentado el requerimiento cinco días después de haberse producido la incautación. Del mismo criterio es la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema conforme aparece del expediente de Casación N° 01-2008-La Libertad, al determinar que la incautación de arma de fuego carece de eficacia probatoria al no haberse solicitado la resolución confirmatoria al Juez de la Investigación Preparatoria, afectando así la garantía constitucional del debido proceso.

En interpretación distinta, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el expediente N° 2009-03890-25-0401-JR-PE-3, donde al conocer en

apelación la resolución dictada por Juez de la Investigación Preparatoria que declaró improcedente el requerimiento de confirmación de mercadería de contrabando y vehículo instrumento del delito, por haberse solicitado veinte días después de los hechos; declaró fundada la apelación y revocó la recurrida bajo el argumento de que la demora en la petición de confirmación puede dar lugar a alguna responsabilidad administrativa en sede fiscal, pero que la extemporaneidad de la petición no está sujeta al efecto de la cancelación de la incautación, dado que los artículos 219 y 316 del Código no señalan plazo de caducidad ni efecto preclusivo expreso. Cabe resaltar que la resolución no hace ninguna mención a la teoría de la causa probable.

Adviértase algo sumamente importante que al parecer ha escapado de la vista de casi todos: Si el artículo 204 establece que el plazo para apelar es de tres días de ejecutada la medida, ¿cómo es que se concedió la apelación al Fiscal si este recurso fue solicitado por lo menos veinte días después de ejecutada la medida? La apelación también debió declararse inadmisible por extemporánea, pudiendo haber recurrido el Fiscal en queja ante el superior donde seguramente se habría confirmado la extemporaneidad del recurso impugnatorio. Lo mismo sucede en el caso de la resolución expedida por la Sala de Apelaciones de Moquegua, donde a pesar de haberse resuelto conforme a los criterios propuestos, también se concedió la apelación al afectado luego de por lo menos cinco días de ejecutada la medida. Estos son casos donde en cada proceso cuatro magistrados del Poder Judicial omiten la aplicación de una norma de observancia obligatoria: En primer lugar el Juez de la Investigación Preparatoria al conceder el recurso de apelación en contra del mandato del artículo 204, de la misma manera los tres miembros de la Sala de Apelaciones obvian también la norma pudiendo haber declarado inadmisible el recurso conforme lo dispuesto por el artículo 420.2. En el caso de Arequipa la norma es nuevamente obviada al no considerarla al momento de resolver el fondo de la impugnación. Aparentemente todos usaron (erróneamente) el artículo 414.1.c del Código para calcular el plazo de la apelación a pesar de existir norma especial.

Si la Sala de Apelaciones de Arequipa hubiera tomado en cuenta el plazo previsto por el artículo 204, hubiera podido también concordar esta norma con lo dispuesto en el artículo 144.1, que establece que vencidos los plazos (en este caso el de impugnación) caduca el derecho a hacer lo que debió o pudo hacer, por lo tanto es errónea la decisión de la Sala al indicar que no existe señalamiento de plazo de caducidad expreso. Es evidentemente errónea también la resolución al indicar que

en todo caso la responsabilidad por la demora es solo administrativa, dado que no solo se produce una demora del Ministerio Público que hace que el Fiscal a cargo de la investigación pueda ser pasible de una sanción disciplinaria, sino que también se afecta el derecho al debido proceso, ya que en la práctica se priva al afectado a interponer recurso de apelación si la resolución de confirmación se expide luego del plazo que este tiene para impugnarla, esto es más allá de los tres días de ejecutada.

4.6 Incautación y decomiso. Diferencias

Los términos incautación y decomiso gramaticalmente son sinónimos, sin embargo procesalmente se utilizan de manera diferente. Así la incautación se puede entender como un procedimiento por el cual se afecta temporalmente la posesión – que es uno de los poderes inherentes al derecho de propiedad – de una persona respecto a un bien, con la finalidad de apartar estos bienes para ser utilizados luego como evidencia de la comisión de un ilícito en un eventual juicio y para impedir que el ilícito se cometa o se siga cometiendo.

En cambio el decomiso normalmente es definitivo y su uso más ordinario se encuentra en materia administrativa, ejemplo de ello son los decomisos que realizan las aduanas del país o los controles sanitarios del Ministerio de Agricultura, donde se destruyen los frutos contaminados luego del decomiso sin que esto acarree responsabilidad penal del propietario, de ello se desprende que no necesariamente un bien decomisado es evidencia de un delito.

En nuestro ordenamiento penal, cuando sobre el mismo bien concurren las dos categorías en análisis, se requiere primero la incautación y luego se determina el decomiso. Así lo establece claramente la última parte del artículo 102 del Código Penal, refiriéndose a bienes provenientes de un delito que son decomisados:

> *"El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales."* (subrayado agregado).

El artículo 103 del Código Penal señala asimismo que el Juez tiene la facultad de disponer el decomiso, siendo la oportunidad para ello es cuando se evalúa la pena a imponerse por el delito y la reparación civil correspondiente, lo que se desprende la ubicación de los artículos 102 y 103 del Código Penal: Titulo VI: De la reparación civil y consecuencias accesorias. Capítulo II: Consecuencias accesorias.

Confirma el análisis previo, lo prescrito por los artículos 547.1; 547.4; 549.1, 318.4 y 217 del Código Procesal Penal, en el sentido de que el decomiso es una consecuencia accesoria de la reparación civil impuesta por el Juez Penal a la culminación de un proceso regular con sentencia condenatoria.

Para finalizar, resulta clarificador lo establecido por el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de drogas - CICAD, en sus artículos 4 y 5:

> *"Artículo 4: MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LOS BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS: Conforme a derecho, el tribunal o la autoridad competente dictará, en cualquier momento, sin notificación ni audiencia previas, una orden de incautación o embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos relacionados con el lavado de activos o actividades delictivas graves, para su eventual decomiso."*
>
> *"Artículo 5: DECOMISO DE BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS 1. Cuando una persona sea condenada por un delito de lavado de activos u otro incluido en la definición de actividades delictivas graves el tribunal ordenará que los bienes, productos o instrumentos relacionados con ese delito sean decomisados y se disponga de ellos conforme a derecho."*

De esto se desprende claramente que incautación y decomiso son distintos conforme se ha explicado, diferencia que debe ser cuidadosamente tomada en cuenta a la hora de resolver los requerimientos de confirmación de incautación del Ministerio Público.

4.7 El decomiso de drogas y otras sustancias prohibidas

Una preocupación atendible de muchos fiscales es el destino de los bienes cuya incautación no se ha confirmado, en particular en el caso de Tráfico Ilícito de Drogas. En este caso toma particular relevancia lo que se ha venido analizando en los apartados previos. De acuerdo a nuestro ordenamiento especial en materia de tráfico ilícito de drogas o estupefacientes, sobre ellos concurren los dos supuestos: Se incautan y luego se decomisan. La finalidad de la incautación entonces será la obtención de evidencia y obsérvese atentamente que el estupefaciente incautado es una evidencia especial. Normalmente la droga incautada (ya sea un kilo o una tonelada) no será llevada a la Sala de Juzgamiento para presentarla como evidencia. Las pruebas a actuarse en juicio serán las actas de incautación y los exámenes químicos practicados en la sustancia incautada que prueben su composición y grado de pureza. También se evaluará en juicio el hecho de que lo

incautado haya estado sujeto a una adecuada cadena de custodia hasta la toma de muestras correspondiente.

Al momento de la confirmación de incautación (siempre que se solicite dentro del plazo) el Juez de Investigación Preparatoria verificará la legalidad de la intervención que dio como resultado la incautación y si en ese procedimiento ha existido causa probable y no se han vulnerado derechos fundamentales del afectado con la medida.

En la hipótesis de que no se confirme la medida, se perderá la calidad de evidencia del acta de incautación y, adicionalmente como consecuencia de la aplicación de la teoría del fruto del árbol prohibido, los peritajes y otros exámenes derivados de la intervención.

Sin embargo, incluso desaprobándose la incautación, el decomiso seguirá su curso, en primer lugar al ser lo decomisado intrínsecamente materia del delito y segundo al estar regulado el decomiso por normas especiales, procediendo seguramente a su almacenamiento y posterior incineración. Resulta impensable siquiera la posibilidad de devolver los estupefacientes incautados al procesado.

Este mismo criterio se puede utilizar respecto a la incautación de especies maderables protegidas, mercadería producto de contrabando o piratería y otros.

Finalmente debe recordarse que en estos delicados casos el Juez de Investigación Preparatoria, al ejercer control de legalidad sobre las incautaciones cumple un deber impuesto por la norma y en resguardo del espíritu garantista del Código. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-479/07. Demanda de Inconstitucionalidad. Luis Gonzaga Vélez Osorio y Olga Lucía Bernal García del trece de junio de dos mil siete:

> *"[...] del análisis sistemático de la Ley 906 de 2004, en armonía con los presupuestos y límites constitucionales, se desprende claramente la regulación de las circunstancias, motivos y condiciones en que la captura del indiciado puede ordenarse por el Juez de control de garantías, instituido – no debe olvidarse - como el principal garante de los derechos fundamentales de los indiciados, imputados, acusados o condenados en el proceso penal [...]"* (subrayado agregado)

Criterios como este deben ser claramente asimilados en nuestro ordenamiento procesal, a fin de resguardar la filosofía del nuevo modelo procesal penal y evitar cualquier vulneración a los derechos fundamentales garantizados por el Estado en un sistema constitucional de derecho, principio básico que cualquier sociedad democrática que se precie de serlo debe defender irrestrictamente.

V. CONCLUSIONES

1. Resulta imprescindible reformular el sistema de capacitaciones para la implementación del Código Procesal Penal a fin de no favorecer en demasía la simulación de audiencias en perjuicio de la teoría que es necesaria para la elaboración de resoluciones coherentes con los principios del modelo procesal.

2. Resoluciones como la casación 61-2009-La Libertad, en caso de aplicarse vulneran el espíritu de oralidad del Nuevo Código Procesal Penal, desalentando y desincentivando la resolución oral en audiencia por parte de los Magistrados del Poder Judicial. A nuestro entender es viable apartarse de dicho precedente en virtud a la interpretación evolutiva de la Constitución.

3. Se insiste en una interpretación literal de la Constitución, generando en la magistratura y la sociedad desconcierto en cuanto a la armonía que debe existir en las actuaciones del Poder Judicial respecto al modelo procesal. Adicionalmente no se considera la interpretación evolutiva de la Constitución, e incluso usando la interpretación literal se puede concluir que las decisiones judiciales se encuentran *escritas* en los medios electromagnéticos, ya que la escritura no es un concepto vinculado solo al papel.

4. Las capacitaciones deben incidir en la promoción y difusión de doctrina especializada como la teoría de la causa probable, así como orientar y explicar los fines de cada una de las instituciones que contempla el Código Procesal Penal y su aplicación dentro del marco del sistema garantista.

5. Como parte de la capacitación se debe promover la realización de encuentros de jueces penales, tanto colegiados, unipersonales y de investigación preparatoria a fin de unificar criterios y desarrollar teorías, y elevar las conclusiones a la Corte Suprema de la República. Se sugiere que los ponentes en estos eventos sean designados entre los propios jueces convocados.

6. Finalmente, y en vista de la probable entrada en vigencia del Código Procesal Penal en los distritos de Lima en octubre del año 2013, se sugiere que a fin de evitar un periodo de ensayo donde el modelo puede desprestigiarse o causar impunidad; paralelamente a las capacitaciones se debe designar un grupo de Jueces de Investigación Preparatoria y Unipersonales de provincias donde ya se ha implementado el Código a fin de que se hagan cargo temporalmente de

los correspondientes Juzgado de Lima. Los Jueces de Lima designados permanentemente deberán participar en este proceso mediante una pasantía local especial hasta que hayan adoptado e internalizado las competencias y habilidades que exige el modelo. Luego de lo cual los Jueces temporales regresará a sus Juzgados de origen. Este periodo no tendría que ser mayor a tres meses, dado que con la carga procesal de la capital, en este periodo se producirá material suficiente para poder generar una jurisprudencia más o menos coherente con el modelo que pueda servir de base para una futura predictibilidad de resoluciones judiciales en materia procesal penal.

VI. BIBLIOGRAFIA

1. AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de la Nación. Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. Bogotá. 2007.
2. CACERES J., Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D. Código Procesal Penal Comentado. Jurista Editores E.I.R.L. Lima. 2008.
3. CAFFERATA NORES, José I. Garantía y Sistema Constitucional. Materiales de Estudio AMAG.
4. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sección de sentencias 2007. http://www.corteconstitucional.gov.co - Revisado el 15 de octubre del 2010.
5. ERICK C, Daniel; C. DENIS MEE, Mark H. Clark (1998). «2,3 y 4». En Wiley-IEEE. Los Primeros 100 años de la Grabadora Magnética. IEEE Press. Extraído de: http://www.google.com/books?id= 7WrCSCqMk5gC&printsec=front cover&hl=es. - Revisado el 10 de octubre del 2010.
6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. http://www.lexjuris.com - Revisado el 16 de octubre del 2010.
7. LA RAMA JUDICIAL DE PUERTO RICO. Registros e incautaciones; intercepción de comunicaciones telefónicas; mandamientos. http://www.ramajudicial.pr/leyes/constitucion/articulo2-10.htm - Revisado el 17 de octubre del 2010.
8. MULLER SOLON, Hugo. CONFIRMACION JUDICIAL DE LAS ACTAS DE INCAUTACION EN LA INVESTIGACION CRIMINAL (Nuevo Sistema Penal Acusatorio). Blog: http://defensordel aseguridadciudadana.blogspot.com - Revisado el 12 de octubre del 2010.
9. REVISTA LA LEY PENAL. http://www.laley.es - Revisado el 18 de octubre del 2010.
10. TABOADA PILCO, Giammpol. Jurisprudencias y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. Editorial Reforma. Lima. 2009.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida

PÉREZ BLANCO, Ricardo. "Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios.

DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida.

I) INTRODUCCIÓN - CONSIDERACIONES PREVIAS

Teniendo presente los términos de la asignación efectuada a la Delegación de Uruguay en oportunidad de la XXXI Reunión del GLAVEX, corresponde precisar que el presente documento no pretende otra cosa que -a partir de la consideración de desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales con respecto al instituto del decomiso-, constituir un aporte para el análisis y la discusión que permita en definitiva superar dificultades que se presentan en oportunidad de encarar el decomiso de bienes de origen ilícito, en función de su conceptualización tradicional como pena accesoria.

Habida cuenta de que el significado otorgado al término decomiso no es el mismo en todos los ordenamientos jurídicos, y a efectos de prevenir eventuales confusiones, corresponde efectuar una precisión de orden conceptual: el presente análisis refiere al decomiso como pérdida definitiva de la propiedad en favor del Estado, de bienes relacionados con la comisión de un delito, por decisión de un Tribunal.

Esa definitividad es precisamente lo que distingue al decomiso de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas sobre determinados bienes al inicio o durante la sustanciación del proceso penal, las cuales por definición poseen carácter asegurativo y no causan estado.

Las cuestiones relativas al decomiso de bienes de origen ilícito adquiere especial relevancia, cuando el accionar de las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tráfico ilícito de armas, contrabando, etc. –que operan cada vez más en función de esquemas corporativos aprovechando las ventajas que ofrece una economía mundial globalizada- genera cuantiosas ganancias, que además del beneficio directo que representan para sus integrantes, contribuyen a continuar financiando actividades ilícitas a gran escala.

Del mismo modo, resulta de fundamental importancia contar con instrumentos adecuados que permitan la recuperación de activos provenientes de delitos de corrupción, que suelen ser por cierto considerables cuando tales ilícitos se cometen en los altos niveles institucionales.

Las consecuencias jurídicas patrimoniales jugaban un papel secundario en el Derecho Penal clásico, cuya preocupación central se ubicaba en la sanción del autor de la infracción penal en tanto que individuo, pero en la actualidad aparece como necesario dentro del campo de la represión de la criminalidad organizada y la corrupción un perfil de investigación orientado al patrimonio de origen criminal, su embargo y confiscación[1].

Cuando los beneficios económicos que el delito puede reportar son de tal magnitud, puede decirse que la eventualidad de la prisión como resultado de la persecución penal, aparece como un riesgo calculado y asumido por el delincuente. Las ganancias a obtener pasan entonces a justificar el riesgo.

En ese marco, frente a delitos que tanto pueden afectar el orden socio económico y las bases institucionales mismas del Estado de Derecho, se impone la búsqueda de medios jurídicos que resulten eficaces para privar a sus responsables, de cualquier beneficio económico derivado de la comisión de esos delitos.

Ahora bien, en esa búsqueda debe tenerse presente en todo momento el sistema de garantías de los derechos y las libertades fundamentales, desde que la situación amerita una actuación firme de los poderes públicos, despojada de ingenuidad sí, pero sin ceder al facilismo que ofrece la tentación de priorizar eficacia por sobre legitimidad, siendo que esta última debe ser siempre el rasgo distintivo de los ordenamientos jurídicos democráticos.

La eficacia no puede estar reñida con las garantías constitucionales. El *ius puniendi* debe implantarse conjuntamente con los derechos fundamentales. Lo contrario lleva a la negación del Estado de Derecho.[2]

Entre los instrumentos para la privación de ganancias ilícitas, cabe distinguir a nivel continental, dos institutos que se diferencian sustancialmente de la figura jurídica del decomiso tal como ha sido tradicionalmente consagrada en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos.

La legislación de los Estados Unidos de América por su parte, establece el decomiso civil *"in rem"* [3], basado sustancialmente en la ficción de que "la cosa es la que

1 Conf. Vervaele, J.A.E., "Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf

2 Cereijo Soto, Antonio, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la UE de las resoluciones judiciales de decomiso", en Diario La Ley Nº 7457, Sección Doctrina, disponible en http://www.diariolaley.laley.es

3 US Code, Titulo 18, Capítulo 46, Secciones 981 y ss con las modificaciones introducidas por la Civil Asset

delinque", como resultado de la aplicación de la teoría de la personificación - que ubica sus orígenes en el derecho marítimo[4]- según la cual un objeto inanimado es imbuido de una personalidad que lo hace responsable por sus acciones. La acción persigue al objeto, independientemente de su propietario.

Dejando aún de lado las críticas que la aplicación del decomiso civil ha merecido en el propio ámbito en que fue establecida[5], parece claro que dicha figura resulta completamente ajena a los sistemas jurídicos de derecho continental, lo que nos lleva a considerar que es difícil que la misma pueda representar para los países latinoamericanos, una alternativa plausible para la resolución de los problemas que presenta el decomiso de bienes de origen delictivo.

Luego, la legislación colombiana ha desarrollado la acción de extinción de dominio. La norma de creación -Ley 333/996-, encuentra su apoyo sustancial en la reforma del art. 34 de la Constitución de la República de Colombia del año 1991, que habilita la declaración por sentencia judicial de la extinción de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social, partiendo de la base de que conforme al art. 58 de la Carta Fundamental, la propiedad que se garantiza es aquella que se adquiere conforme a derecho. La acción de extinción de dominio se define como una acción de naturaleza constitucional, de carácter real en tanto recae sobre los bienes independiente del titular y de que exista juicio penal, siendo imprescriptible y de aplicación retroactiva.

Cabe consignar que aún en la coyuntura particular que dio lugar a la aprobación de la norma originaria, uno de cuyos aspectos era la terminación de procesos penales por muerte que impedía el pronunciamiento judicial sobre los bienes adquiridos con dineros provenientes de actividades ilícitas, la implementación de dicho modelo no fue sencilla, requiriendo que la Corte Suprema debiera pronunciarse en diversas oportunidades sobre si algunas de sus disposiciones podían considerarse exequibles[6] y determinó primero la suspensión de la Ley 333/996 por el Decreto 1975/2002 amparado en la declaración de Estado de Conmoción Interior de agosto

---

Forfeiture Reform Act del año 2000.

4 v. http://www.juridicaldictionary.com; "Arresting the right ship: Procedural theory, the personam link and conflict of laws", Paul Myburgh, disponible en http://www.maritimelaw.org.nz/mybyrg/Force.pdf

5 V. p.ej. "Policing for Profit. The Abuse of Civl Assets Forfeiture",, Marían R. Williams y otros, Institute of Justice, Marzo 2010, disponible en http:/www.ij.org/index.php?option=com_content&task=view&id=3114&Itemid=165**;** "Presumed Guilty", Andrew Schneider y Mary Pat Flaherty, The Pittsburg Press Co., 1991, disponible en http://256.com/gray/presume/editorials.html.

[6] V. gr. Sentencias C 374/97 de 23/8/1997 y C 409/97 de 28-8-97, disponibles en http://www.cortesuprema.gov.co

de 2002 y luego su sustitución por la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002.[7]

La acción de extinción de dominio ha logrado en definitiva un funcionamiento exitoso en el contexto colombiano y si bien es cierto que su modelo ha sido recogido por otras legislaciones[8], su extrapolación ha demostrado no ser sencilla, generando no poca resistencia en los nuevos ámbitos, lo cual ha venido dificultando en gran medida su aplicación práctica.

Por lo tanto, consideramos que aparece como una tarea necesaria la exploración de otros caminos que permitan ofrecer una alternativa viable para la consecución de la finalidad enunciada al principio y en esa dirección estimamos que el modelo adoptado por la legislación española, ubicando al decomiso como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita, se presenta como un modelo interesante para analizar, dada la similitud de su sistema jurídico con la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos.

Finalmente, corresponde precisar que este trabajo no abordará el tema concerniente a las medidas cautelares habida cuenta de que responden a una finalidad diferente que el instituto del decomiso y porque en definitiva la determinación del ámbito y alcance de este útlimo, incidirá en definitiva sobre el ámbito y alcance de las medidas cautelares a sobre los bienes en el marco del proceso penal. Tampoco abordará por razones de extensión y porque justificarían un tratamiento por separado, la cuestión relativa a la de medidas de corte punitivo a las personas jurídicas.

II) NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO

La importancia de determinar cuál es la naturaleza jurídica del instituto, radica en que la que en definitiva se le atribuya, condicionará su alcance, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, como se verá.

Tradicionalmente el decomiso ha sido considerado como una pena accesoria, y por ende asociada a una condena, que se orienta sustancialmente a la privación de los

7 v. “Extinción de Dominio en Colombia”, Gómez, Margarita y otros, Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Noviembre 2002, disponible en http://atecex.uexternado.edu.co/aed/trabajos/EXTINCIONDEDOMINIO.pdf

8 v.gr. En el Perú, por Decreto Legislativo Nº 992 de julio de 2007 se instituyó la acción de pérdida de dominio originariamente con caracteres similares a la legislación colombiana, siendo sustituido por Ley Nº 29212 de abril de 2008; en México, con fecha 29 de mayo de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la “Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

objetos materiales empleados para la realización del tipo objetivo –los instrumentos del delito- como a sus efectos, esto es los objetos que son obtenidos mediante la realización de la conducta típica.

Estos últimos pueden abarcar tanto los objetos inmediatamente provenientes del delito como aquellos que provengan en forma mediata en tanto la legislación no establezca restricciones.[9] Algunos ordenamientos jurídicos como el español, refieren particularmente al decomiso de ganancias.

El decomiso también ha sido calificado como una medida de seguridad o una medida de seguridad especial basada en la peligrosidad objetiva, instrumental.[10]

Ahora bien, el fundamento del decomiso, puede ser ubicado en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, con la finalidad de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos –eso se puede apreciar claramente en el caso de los instrumentos-, o bien responder a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito, tal el caso del decomiso del producto en sentido amplio y más específicamente el de ganancias.[11]

En ese marco, han surgido cuestionamientos con respecto a la conceptualización del decomiso como pena o como medida de seguridad.

Así se ha señalado que no se trataría de una pena, porque no persigue imponer un mal que sea sentido como -tal la función retributiva que en cierta medida cumplen las penas en función del grado de culpabilidad del agente-, sino exclusivamente preventiva, obedeciendo su imposición a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos. Tampoco de una medida de seguridad, ya sea porque no posee funciones reeducativas o de mejora, no se asienta en la peligrosidad del responsable, o bien por considerar que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente.[12]

Al respecto, resulta oportuno señalar que el Tribunal Europeo de Derechos

9 Conf. Zaffaroni, R., Tratado de D. Penal. Parte General T. IV, pág. 259 y ss.

10 Mir Puig, Santiago, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas- disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf ; Udo Ebert – Derecho Penal – Parte General – Ed. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo UAEH, 2005, pag. 357

11 Conf. Luz Ma. Puente Aba "La regulación del comiso en el D. Penal Español" disponible en www.ciidpe.com.ar/area1/regulacion del comiso. puente aba.pdf

12 v. Zaragoza Aguado, Javier, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado", Cuadernos de derecho judicial num. 10, pag. 19-20.

Humanos, que inicialmente había considerado al decomiso como una sanción penal (*caso Welch*), le niega actualmente en sus pronunciamientos el carácter punitivo, otorgándole sustancialmente la calidad de medida preventiva destinada a retirar de circulación los activos vinculados a la comisión de un delito.[13]

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional alemán ha entendido que el decomiso de las ventajas patrimoniales procedentes del delito no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la norma, a efectos de remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos y corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos.[14]

III) EL DECOMISO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.-

La necesidad de facilitar la persecución de las ganancias de origen ilícito en el contexto a que hiciéramos referencia al principio, ha llevado a que los instrumentos jurídicos internacionales insistan en la ampliación del decomiso tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

En tal sentido, la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilicito de Estupefacientes y Sustancias Psicotropicas aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988), luego de definir al decomiso como *"la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal u otra autoridad competente"*[15], requiere la adopción por parte de los Estados, de medidas que le otorguen un alcance más amplio que el atribuido tradicionalmente, con la única limitación de los derechos de los terceros de buena fe[16]. Así se prevé, además del decomiso de los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados conforme a la misma y el del producto derivado de éstos, el de:

-bienes por valor equivalente;

13 v. Isidoro Blanco Cordero, "Comiso ampliado y presunción de inocencia" en "Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos comtemporáneos de la Política Criminal".
14 Idem. cita anterior
15 Artículo 1º, lit. f)
16 Artículo 5 num. 8

-bienes en que se haya transformado, convertido o mezclado dicho producto, en este ultimo caso hasta el valor estimado del producto mezclado;

-ingresos u otros beneficios derivados del producto y de los bienes en que éste se haya transformado, convertido o mezclado, de la misma manera y en la misma medida que el producto mezclado.[17]

Se entiende por producto *"los bienes obtenidos o derivados directa e indirectamente de la comisión de un delito"* [18], y por bienes *"los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos."*[19]

La Convención de Viena prevé asimismo que los Estados consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito del producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que sea compatible con su derecho interno.[20]

Los términos establecidos en la Convención de Palermo (Convención de las NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo en diciembre de 2000), coinciden en lo sustancial con los referidos precedentemente[21], y del mismo modo, los contenidos en la Convención de Mérida (Convención de las NNUU contra la Corrupción, suscrita en Mérida en diciembre de 2003).[22]

En el ámbito europeo, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea, considera que la prevención y represión eficaz de la delincuencia organizada requiere centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito y particularmente en cuanto a su alcance, establece que deberán tomarse las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso, como mínimo cuando *"un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción (...), que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto"*, o se trate de *"actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un*

17 Artículo 5 num. 1 lit. a), b), num. 6, lit, a), b), c).
18 Artículo 1º, lit. p)
19 Artículo 1º, lit. q)
20 Artículo 5 num. 7
21 Artículo 2, lit. d), e), g) y artículo 12
22 Artículo 2, lit. d) e) g) y artículo 31

período anterior", o bien *"se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y (...) esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada"*.[23]

También se establece que deberá estudiarse la posibilidad de adoptar el *"decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados"*[24]

Ello condice con la línea que fuera pautada en las propuestas normativas elaboradas en el marco del Proyecto Falcone coordinado por la ciudad de Palermo y el Instituto Max-Plank desarrollado entre 1998 y 2001, que con respecto al decomiso de las ganancias de las organizaciones criminales prevé que *"el juez ordenará el comiso del dinero, los bienes y demás efectos sobre los que el imputado tenga poder de disposición y respecto de cuya legítima proveniencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos por la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto a la renta que haya declarado o a la actividad económica que desarrolle"* , pudiéndose decomisar bienes adquiridos en un momento anterior a aquel en que se ha mantenido la actividad delictiva del condenado, cuando *"el juez disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva" ,* estableciéndose que *"se considerarán bajo el poder de disposición del autor del delito los bienes que ficticiamente figuren a nombre de terceros o que de cualquier otro modo posea a través de persona jurídica intermedia"* [25]

Pueden ubicarse también en la misma dirección de ampliar el ámbito del decomiso, las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF/GAFI)[26]y

23 Decisión Marco 2005/212, art. 3, num. 2, lit. a), b), c)

24 Idem., num. 3

25 Conf. "Towards a European Criminal Law against organised crime. Normative Proposals of the Joint European Proyect to Counter Organised Crime", disponible en http://www.exlegi.ox.ac.uk/resources/documents/FA-Falcone%20-%20towards%20a%20european%20criminal%20law.pdf

26 ***RECOMENDACIÓN 3 (Medidas provisionales y decomiso).*** *Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.*

Estas medidas deberían incluir la facultad de: 1) identificar, localizar y valorar los activos objeto del decomiso; 2)

el Reglamento Modelo de CICAD sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros delitos graves. [27]

IV) EL DECOMISO COMO CONSECUENCIA ACCESORIA.-

Como hemos visto, la conceptualización del decomiso como pena determina que se requiera necesariamente una sentencia de condena y que su imposición -dado el carácter personal de la pena- quede limitada exclusivamente al sujeto responsable del delito, y desde el punto de vista objetivo, a los bienes, productos o instrumentos vinculados con el delito por el que ha sido condenado, impidiendo o dificultando en gran medida la posibilidad del decomiso ampliado.

En aras de avanzar en la superación de tales limitaciones, y a partir de los cuestionamientos doctrinarios a las posiciones tradicionales en cuanto a su naturaleza jurídica,[28] el Código Penal español de 1995, inspirado por la legislación alemana, pasa a considerar al decomiso[29] como una consecuencia jurídica accesoria, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad, constituyendo una sanción "sui generis", un tercer género, cuyo fundamento resulta ajeno a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal del sujeto, pero sujeta al principio

---

implementar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes, 3) adoptar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del Estado para recuperar bienes sujetos a decomiso; y (4) tomar medidas de investigación apropiadas.

Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales.

27 ***Artículo 9- DECOMISO DE BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS***

1. Cuando una persona sea condenada por un delito de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, u otro incluido en la definición de actividades delictivas graves, el tribunal o la autoridad competente ordenará que los bienes, productos o instrumentos relacionados con ese delito sean decomisados y se disponga de ellos conforme a derecho.

2. Cuando por las circunstancias objetivas del caso el tribunal o la autoridad competente infiera razonablemente el origen o el destino ilícito de bienes e instrumentos, también ordenará su decomiso en la sentencia de condena, salvo que el condenado haya demostrado la procedencia lícita de los mismos.

Se considerarán circunstancias objetivas del caso, entre otras, las referidas al tiempo o modo de adquisición; aspectos personales o económicos del condenado; su giro de actividad u otras que se entiendan relevantes.

3. Cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos mencionados en este Artículo, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieran ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor.

28 v. supra, Ap. II

29 La legislación y la doctrina española emplean indistintamente los términos "decomiso" y "comiso".

de proporcionalidad.[30]

Dicho cuerpo normativo, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica Nº 15/2003, del 25 de noviembre de 2003 y la Ley Orgánica Nº 5/2010, del 22 de junio de 2010, establece normas de carácter general en los arts. 127, 128 y 129 -este último dedicado a determinadas medidas aplicables a personas jurídicas-, y de carácter especial para los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales, en el art. 374.

Pueden distinguirse en el art. 127 dos tipos de decomiso: el de instrumentos y efectos del delito (la norma incluye también las faltas) y el de las ganancias derivadas de éste, aunque se trata de una misma regulación, lo que le ha valido alguna crítica, por considerar que ambas consecuencias poseen fines distintos y se rigen por principios diferentes, particularmente en el caso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada.[31] Cabe consignar que aunque manteniendo una regulación única, esta última hipótesis fue prevista expresamente a partir de la LO 5/2010 citada, mediante la inclusión de un segundo párrafo al apartado 1 del art. 127, referido concretamente al decomiso de *"efectos, bienes y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo".*

Si bien se sigue exigiendo la existencia de una relación entre el decomiso y la infracción penal, particularmente a partir de la reforma operada mediante la LO 15/2003, la medida deja de estar condicionada a la imposición de una pena -lo que originarialmente exigía que la transgresión de referencia fuera un hecho típico, antijurídico, culpable y punible- pasando a ser suficiente que se trate de una acción típica y antijurídica.

Al no exigirse la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el decomiso, se quiebra la vinculación del instituto con los principios de personalidad y accesoriedad, permitiendo que la medida pueda trascender los bienes directamente vinculados a la infracción objeto de enjuiciamiento y aún que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita, pueda ser adoptada -como veremos- aún cuado

30 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, "La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado", Cuadernos de derecho judicial num. 10, pag. 20-21; Luz Ma. Puente Aba, "La regulación del comiso en el D. Penal Español" disponible en www.ciidpe.com.ar/area1/regulacion del comiso. puente aba.pdf.

31 Conf. Luz Ma. Puente Aba, trab. cit.; Teresa Aguado Correa, "La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en http://www.criminet.ugr.es/recpc

concurra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal.[32]

La regulación del decomiso como consecuencia accesoria adoptada por el derecho español, contenida en la normativa general y especial vigente referida precedentemente, determina entonces la ampliación tanto del ámbito objetivo como subjetivo de aplicación de la medida.

-ÁMBITO OBJETIVO DEL DECOMISO.-

Desde la perspectiva de los bienes objeto de decomiso, la medida alcanzará:

-LAS DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS; LOS EQUIPOS, MATERIALES Y SUSTANCIAS PROHIBIDOS (ART. 374.1)[33].- Basada en la peligrosidad del objeto y pacíficamente admitida en la concepción tradicional del instituto, esta hipótesis no merece mayores comentarios. El art. 374.1 en la formulación establecida por la LO 15/2003, prevé asimismo particularmente en el caso de los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales derivados de tales delitos, el decomiso de bienes, instrumentos y ganancias, remitiéndose a la regulación general del art. 127, por lo que se aplican al respecto las consideraciones que se formularán a continuación.

-LOS EFECTOS PROVENIENTES DEL DELITO O FALTA (ART. 127.1)[34].- Refiere particularmente al producto directo de la infracción penal, debiendo entenderse por tales tanto aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la misma, como todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de ésta, incluso aquellos que sean objeto mismo de la acción típica[35]

-LOS BIENES, MEDIOS O INSTRUMENTOS CON QUE SE HAYA PREPARADO O EJECUTADO (ART. 127.1).- Esta hipótesis comprende los útiles y medios utilizados

32 Conf. Circular Nº 2/2005 de la Fiscalía del Estado, disponible en http://www.fiscal.es

33 ***Artículo 374 1.*** *En los delitos previstos en los artículo 301.1, párrafo segundo y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales ...*

34 ***Artículo 127- 1.*** *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.*

35 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, trab. cit.-

tanto en la ejecución del delito, así como en la comisión de actos preparatorios punibles. La extensión a los instrumentos empleados en actos preparatorios, fue incorporada por la LO 15/2003, despejando cualquier duda que se pudiese presentar sobre la posibilidad de decomisar lo que se ha utilizado en una fase anterior a la ejecución, ya se trate de tentativa o simple acto preparatorio punible. La reforma también incluyó los términos "bienes" y "medios", lo que le valió algunas críticas por considerarse la definición de instrumento, como suficientemente comprensiva de todo tipo de "medio" o "bien".[36]

-LAS GANANCIAS PROVENIENTES DEL DELITO O FALTA, CUALESQUIERA QUE SEAN LAS TRANSFORMACIONES QUE HUBIEREN PODIDO EXPERIMENTAR (art. 374.1 y art. 127.1).- Se establece de este modo claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito.

Ahora bien, en cuanto a esta hipótesis y a efectos de prevenir que en una interpetación restringida, el término ganancias se identificara con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de la condena, lo que conduciría a una importante limitación si no a la inaplicación de la norma en la mayoría de los casos, el Pleno de la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo, adoptó con fecha 5 de octubre de 1998, un acuerdo asumiendo una interpretación más amplia, habilitando la aplicación del decomiso a bienes poseídos por el delincuente con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que: a) se tenga por probada la procedencia ilícita de los bienes, y b) que se respete el principio acusatorio. La procedencia ilícita podrá acreditarse mediante prueba indiciaria, no requiriéndose la identificación de las operaciones concretas de las que proceden los bienes, bastando a tal efecto que quede suficientemente probada genéricamente la actividad delictiva.[37] [38]

Constituyen indicios a considerar, aquellos tales como:

a) que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad delictiva por la que fue condenado;

---

36 v. Teresa Aguado Correa, trab. cit., pag. 04:4 y Luz Ma. Puente Aba, trab. cit., pág. 13.

37 *"**Único: interpretación de los arts. 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión:***

El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete, en todo caso, el principio acusatorio"

38 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, trab. cit., pág. 30-31; Circular Nº 2/2005 de la Fiscalía General del Estado

b) que los bienes hayan sido adquiridos durante el período en el que el condenado se venía dedicando a la actividad delictiva en cuestión;

c) que los bienes a decomisar no hayan tenido una financiación lícita y acreditada, esto es rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial;

d) la existencia de circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como ser mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de los bienes, operaciones mediante transferencias a paraísos fiscales, excesivos movimientos de efectivo, etc.[39]

La prueba por indicios requiere: a) pluralidad de hechos base o indicios, o excepcionalmente uno pero de una singular potencia acreditativa; b) necesidad de que tales hechos-base estén acreditados por prueba directa; c) que sean periféricos o concomitantes con el dato fáctico a probar; d) que exista interrelación de los indicios, de modo que se refuercen entre sí; e) racionalidad de la inferencia, que requiere la existencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano y de la experiencia entre los hechos base y el hecho consecuencia, y que a su vez, excluya toda duda razonable de una inferencia distinta a la obtenida; y f) que se exprese el proceso intelectivo a través del cual se llegó al juicio de inferencia.[40]

La constitucionalidad del citado Acuerdo del Tribunal Supremo, fue avalada por el Tribunal Constitucional al resolver impugnaciones que sostenían que el temperamento consignado en el mismo, implicaba un menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia.

En tal sentido, dicho órgano sostuvo que la presunción de inocencia opera como *"el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable*", por lo que el derecho a la presunción de inocencia ya no está en cuestión, cuando existen pruebas a partir de las cuales los jueces y tribunales han considerado *"razonablemente acreditada"* la culpabilidad del sujeto, esto es cuando éste ya ha sido condenado.

Y en lo que refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha entendido que se verifica toda vez que existe una decisión motivada y fundada, esto es cuando en base a una pluralidad de indicios perfectamente acreditados y a

39 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, trab. cit., pág. 32

40 Conf. Sentencia del Tribunal Supremo 1666/1998 de 15-4-1998 (STS 7835/1998), disponible en http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp

través de un razonamiento explicitado en sus resoluciones que no pueda ser calificado de patentemente erróneo en sus presupuestos fácticos, ilógico o irrazonable, los órganos judiciales concluyen que determinados bienes del condenado fueron adquiridos -en los casos analizados por el Tribunal- con dinero procedente de la venta de estupefacientes.

Tal temperamento está en línea con la argumentación expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de decomiso ampliado al amparo de la normativa inglesa y holandesa que prevén presunciones de orden similar, al señalar sustancialmente que el derecho a la presunción de inocencia sólo despliega sus efectos en relación con el delito concreto del que se acusa al reo, mientras que los procedimientos para decretar el decomiso no pretenden la condena o la absolución del mismo, esto es, no deciden sobre el fundamento de una acusación en materia penal, sino determinar si los activos que se ha demostrado que ha obtenido tienen origen delictivo, y de ser así, concretar la cuantía a decomisar (casos *Phillips c. Royaume-Uni*, *Butler c. Royaume-Uni* y *Geerings v. The Netherlands*).[41]

De todos modos, cabe la observación que el hecho de que el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo refiera de manera exclusiva a los delitos relacionados con las drogas, limita su alcance.

De acuerdo con lo que establece la norma del art. 127.1, las eventuales transformaciones de los bienes o activos que constituyen ganancias ilícitas, no obsta de modo alguno al decomiso de las mismas.

La expresión *"transformaciones que hubieren podido experimentar"*, no debe entenderse sólo en un sentido exclusivamente fáctico o descriptivo, sino también jurídico, lo que habilita el decomiso de los bienes en que se hayan invertido las ganancias procedentes del delito (decomiso por subrogación)[42]

-LOS EFECTOS, BIENES, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS PROCEDENTES DE ACTIVIDADES DELICTIVAS COMETIDAS EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL O TERRORISTA O DE UN DELITO DE TERRORISMO (art. 127.1,

41 Conf. Blanco Cordero, Isidoro, "Comiso ampliado y presunción de inocencia" en "Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos comtemporáneos de la Política Criminal", Estudios de Derecho Penal y Criminología; v. Jorge, Guillermo, "El decomiso del producto del delito" en "Recuperación de activos de la corrupción, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

42 Conf. Circular Nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

párrafo segundo, incorporado por la LO 5/2010[43]).- A tal efecto se establece una presunción, entendiéndose que proviene de la actividad delictiva, el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

La inclusión de este párrafo responde, tal como se expresara en el "Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal"[44], a la *"implementación en la legislación nacional adecuación de la normativa española a las directivas de la Decisión Marco 2005/212/JAI (...) y de la propia doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que se pronunció en el Pleno de 5-X-1998"* , esto es el pronunciamiento a que hiciéramos referencia más arriba.

Con respecto a la presunción de procedencia ilícita, el Informe citado señala que *"la incorporación de la presunción legal (...) no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia"*, por cuanto *"se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto del enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a personas determinadas"*, operando *"respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado ha podido ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas"* por lo que sus consecuencias *"son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado, siendo además susceptible de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado."*

Estos conceptos son reiterados con posterioridad a la aprobación de la ley, en la citada Circular Nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

Cabe asimismo tener por reproducidas aquí, las referencias efectuadas más arriba con respecto a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional español.

---

43 *"El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas."*

44 Disponible en http://www.fiscal.es, v. pág. 56-57

No será necesaria a partir de la LO 5/2010, la prueba de la relación de causa-efecto o de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declar probado y los bienes cuyo comiso se decreta, pero sí será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización criminal, grupo criminal o terrorista o que ha realizado un delito de terrorismo y que el valor de los bienes que posee resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada. Tales presupuestos constituyen una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, que puede ser controvertida y enervada mediante justificación de origen lícito de los bienes de que se trate, o aún acreditando que no proceden de actividades llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo.[45]

De acuerdo con la fórmula empleada por el legislador español en el párrafo segundo del art. 127.1, los actos concretos del titular del bien se desvinculan del origen del bien mismo, siendo suficientes la pertenencia a la organización y la tenencia de bienes para poder relacionar esos bienes a las actividades delictivas de la organización, sin necesidad de tener que probar la efectiva participación (en sentido técnico-penal) del poseedor de los mismos en un acto delictivo concreto. De todos modos, una de las observaciones que se le ha efectuado, es que la posibilidad de decomisar el patrimonio desproporcionado a los ingresos, debería servir como criterio para los delincuentes no integrados en ninguna clase de organización (p. ej. en casos de corrupción).[46]

-LOS EFECTOS, BIENES, MEDIOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS - INDEPENDIENTEMENTE DE LAS TRANSFORMACIONES QUE HUBIESEN PODIDO EXPERIMENTAR-, PROVENIENTES DE LA COMISIÓN DE UN DELITO IMPRUDENTE CON PREVISIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO (art. 127.2 incorporado por la LO 5/2010[47]).- A diferencia de los demás supuestos del art. 127 –salvo el 127.4 como veremos-, esta consecuencia accesoria puede ser acordada

45 Conf. Circulares Nº 4/2010 y 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, disponibles en http://www.fiscal.es. En la Circular Nº 4/2010, citada, se reiteran sustancialmente los conceptos vertidos en el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, con respecto a la no afectación de la presunción de inocencia.

46 Conf. Quintero Olivares, Gonzalo, "Sobre la ampliacion del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil", disponible en http://criminet.ugr.es/recpc

47 ***Artículo 127-2.*** *En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*

facultativamente por el juez o tribunal, y únicamente en delitos imprudentes que tengan prevista legalmente una pena superior a un año, quedando excluidas las faltas imprudentes.

-LOS BIENES POR VALOR EQUIVALENTE (374.1 4ª regla; 127.3[48]).- Si resultase imposible llevar a cabo el decomiso de efectos procedentes del delito, de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado o de las ganancias de la infracción, acordado accesoriamente como consecuencia de una pena por delito o falta dolosos, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables.[49]

La previsión del decomiso del valor equivalente, permite dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido ya no esté a disposición del sujeto, bien porque éste ha consumido, destruido u ocultado el objeto del decomiso, o bien porque consiste en una disminución del patrimonio o porque por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso. Permite también resolver los casos de bienes que no pueden ser decomisados por haber sido legalmente adquiridos por un tercero de buena fe no responsable del delito, pudiéndose en estos supuestos, decretar el decomiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido legalmente por el tercero de buena fe.[50]

-ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DECOMISO.-

De acuerdo con lo que dispone la segunda oración del art. 127.1, el límite a su aplicación está determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito, que los hayan adquirido legalmente, lo que implica que para que la protección que el ordenamiento jurídico otorga sea efectiva, se requiere la concurrencia de cuatro requisitos: 1º) que los bienes pertenezcan a un tercero; 2º) que la titularidad sea ostentada de buena fe, esto es que el tercero deberá haber actuado con sujeción a las normas de la ética ; 3º) que la adquisición se haya

48 ***Art. 374.1. (...) 4ª*** *Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.;*
Art. 127-3*. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.*

49 Circular Nº 1/2005 de la Fiscalía General del Estado.

50 v. Teresa Aguado Correa, trab. cit., pag. 04:5 y 04:6

realizado legalmente; y 4º) que el titular de los bienes no sea responsable del delito.

Por consiguiente, cuando los efectos, instrumentos, productos y ganancias susceptibles de ser decomisados pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o transmisión, o bien cuando habiendo actuado de buena fe, no los hubiesen adquirido legalmente, deberá acordarse el comiso, sin perjuicio de que los mismos deberán ser llamados al proceso a efectos de ejercitar la defensa de sus intereses.[51]

Es oportuno hacer una breve mención una particular figura contenida en el ordenamiento jurídico español, cual es la de la ***participación a título lucrativo***, regulada por el art. 122 del Código Penal[52], conforme la cual quien ha conseguido un bien proveniente de un delito o falta a título gratuito, sin una contraprestación que lo justifique, deberá restituirlo, siendo que la diferencia existente entre esta figura y el blanqueo por posesión de bienes procedentes de delitos o la receptación, radica en el elemento subjetivo, esto es en la ausencia de dolo, desde que la figura supone que el sujeto desconoce el origen ilícito del bien.[53]

En ese marco, los bienes pertenecientes al adquirente de buena fe a título lucrativo, también estarían en condiciones de decomisados, sin perjuicio de la observancia de las garantías del debido proceso.[54]

-LA APLICACIÓN DEL DECOMISO AÚN CUANDO NO SE IMPONGA PENA A ALGUNA PERSONA POR ESTAR EXENTA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL O POR HABERSE EXTINGUIDO LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (art. 127.4)[55].- Esta es una de las hipótesis en que de modo más patente se pone de manifiesto la desvinculación entre el decomiso y la imposición de la pena, y por ende del principio de culpabilidad, a partir de su consideración como una consecuencia accesoria. No se trata de una imposición de carácter preceptivo sino que constituye una ***facultad*** del magistrado.

La no imposición de una pena a una persona por estar exenta de responsabilidad criminal puede obedecer a que el sujeto ha obrado sin capacidad de culpabilidad o al

51 Conf. Zaragoza Aguado, J. Trabajo citado; v. También Circular Nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

52 ***Artículo 122.-*** *El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.*

53 Conf. Quintero Olivares, Gonzalo, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en http://www.criminet.ugr.es.recpc

54 v. Circular N 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

55 ***Art. 127- 4.*** *El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.*

amparo de una causa de inculpabilidad, a la falta de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una excusa absolutoria. En este caso, de concurrir la situación patrimonial ilícita, podrá imponerse la medida de decomiso, pero siempre habrá de exigirse la realización de una conducta típica y antijurídica.

Los casos de extinción de la responsabilidad criminal a que se refiere la norma, son aquellos que se verifican antes de o sin que se haya impuesto una pena por sentencia firme, puesto que una vez que esta circunstancia se verifica, son de aplicación preceptiva las previsiones contenidas en el art. 127.1 o 127.3.

La doctrina española, analiza sustancialmente dos hipótesis: la de muerte del sujeto responsable y la de prescripción del delito, señalando que de todos modos la apreciación del decomiso en estos casos resulta limitada.

En tal sentido se señala que la muerte del sujeto no solo extingue la responsabilidad criminal sino también la acción penal, por lo que no existiendo justiciable, tampoco cabe pronunciamiento de hechos en los que haya podido intervenir y menos incardinar su conducta en un tipo delictivo previsto en la legislación penal. Por lo tanto, sea que el sujeto haya fallecido antes de comenzar el proceso penal, en la fase de instrucción o durante el juicio, no habrá resolución donde se acredite que ha realizado un hecho delictivo, por lo que si para apreciar el decomiso es necesaria la realización de una conducta típica y antijurídica y su consiguiente constatación en un proceso penal, la ausencia de tal conducta, estaría cerrando la posibilidad de aplicación de la medida.

Por lo que viene de decirse, razones procesales estarían impidiendo la imposición del decomiso siempre que se trate de un único sujeto. Ahora bien, si hubiese otros enjuiciados además del fallecido y se probase que han realizado una conducta típica y antijurídica, el proceso finalizará con una sentencia en la que se dará por demostrada la comisión de un delito especificándose los instrumentos empleados para ello y las ganancias obtenidas y ahí sí sería admisible la imposición del decomiso sobre bienes utilizados o conseguidos, incluso por el fallecido. Aunque no haya quedado desvirtuada la presunción de inocencia sobre éste, correspondería imponer la medida de decomiso sobre objetos que se hallaran en su poder, siempre que se haya probado que hubiesen sido empleados para cometer el delito o se tratase de ganancias derivadas del mismo.[56]

56 Conf. Vizueta Fernández, Jorge, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?, pag. 2-3, en La Ley, Nº 6643,

Luego, la desvinculación del decomiso con la imposición de una pena, permitiría su aplicación cuando la extinción de responsabilidad penal tuviese lugar por prescripción del delito. Ahora bien, en la práctica, partiendo del presupuesto de constatación de una conducta típica y antijurídica, esta hipótesis estaría operando siempre que la prescripción sea alegada en una fase del juicio, en que el Juez o Tribunal hayan llegado a la convicción en tal sentido, por cuanto nada impediría que además de pronunciarse sobre la extinción por prescripción, el órgano jurisdiccional decretara el decomiso de efectos, instrumentos y ganancias de la infracción penal o bien el decomiso por valor equivalente.[57]

-LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.

La naturaleza del decomiso como consecuencia accesoria no enerva la plena vigencia del principio acusatorio en su regulación y su sometimiento al principio de contradicción, lo que hace imprescindible que su imposición sea solicitada expresamente por las partes acusadoras cuando resulte procedente.

Ello determina que en oportunidad de formular acusación, el Ministerio Público deberá identificar los efectos, medios, bienes o ganancias a que se extiende la solicitud de decomiso, especificando las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea porque han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando en su caso, las transformaciones que se hayan verificado e invocando en cada hipótesis la normativa aplicable. Asimismo, deberá observarse la plena vigencia del derecho de defensa de todas las personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de decomiso, incluidas aquellas que puedan resultar exentas de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad pueda haber quedado extinguida.[58]

-EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

De acuerdo con la disposición contenida en el art. 128 del C. Penal[59], el Juez podrá

---

disponible en http://www.laley.net; Puente Aba, Luz María, trabajo citado, pág. 6-10.

57 Conf.Vizueta Fernández, Jorge, trabajo cit.

58 v. Circulares Nº 1/2005 y Nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

59 ***Artículo 128.-*** *Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.*

no decretar el decomiso o decretarlo parcialmente, cuando los efectos e instrumentos sen de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, y estén satisfechas las responsabilidades civiles.

-LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS.

Sin perjuicio de que en cuanto a las facultades de la jurisdicción penal a efectos de delimitar situaciones fraudulentas o constatar la verdadera realidad que subyace tras la titularidad jurídica aparente, esto es, la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo", la jurisprudencia española sostiene la existencia de suficientes mecanismos normativos al efecto[60], la legislación especial contenida en el art. 374.3 del C. Penal[61] atribuye expresamente a los jueces penales la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o los derechos relativos a bienes y efectos susceptibles de decomiso.

V) BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN URUGUAYA EN MATERIA DE DECOMISO.-

La Ley Nº 18.494 de 5 de junio de 2009, introdujo, siguiendo el modelo español, la conceptualización del decomiso como consecuencia accesoria de la actividad ilícita, mediante la modificación del art. 63 del Decreto ley 14.294 relativo al tráfico ilícito de drogas, aplicable por remisión al lavado de activos y delitos conexos.

El texto vigente, que además de definir qué, determina los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la medida e instituye hiótesis de decomiso de pleno derecho, establece:

*"**ARTÍCULO 63. (Decomiso).-***

***63.1. (Concepto).** El decomiso es la privación con carácter definitivo de algún bien,*

60 v. Circular Nº 2/2005 de la Fiscalía Gral. del Estado

61 ***Artículo 374- 3.** En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.*

producto o instrumento, por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como ***consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita****. La providencia ejecutoriada que lo disponga constituirá título de traslación del dominio y se inscribirá en los Registros Públicos correspondientes.*

63.2. (Ámbito objetivo). *En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, el tribunal penal competente dispondrá, a solicitud del Ministerio Público, el decomiso de:*

a) los estupefacientes y sustancias psicotrópicas prohibidas que fueran incautadas en el proceso;

b) los bienes o instrumentos utilizados para cometer el delito o la actividad preparatoria punible;

c) los bienes y productos que procedan del delito;

d) los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de éstos;

e) los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes del delito.

63.3. (Decomiso por equivalente). *Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.*

63.4. (Decomiso de pleno derecho). *Sin perjuicio de lo expresado, el tribunal penal competente, en cualquier etapa del proceso en la que el indagado o imputado no fuera habido, librará la orden de prisión respectiva y transcurridos seis meses sin que haya variado la situación, caducará todo derecho que el mismo pueda tener sobre los bienes, productos o instrumentos que se hubiesen cautelarmente incautado, operando el decomiso de pleno derecho.*

En los casos en que el tribunal penal competente hubiera dispuesto la inmovilización de activos al amparo de lo edictado por el artículo 6º de la Ley Nº 17.835, de 23 de setiembre de 2004, si sus titulares no ofrecieran prueba de que los mismos tienen un origen diverso a los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos en un plazo de seis meses, caducará todo derecho que pudieran tener sobre los fondos inmovilizados, operando el decomiso de pleno derecho.

En los casos en que el tribunal penal competente hubiera dispuesto la incautación de fondos o valores no declarados, al amparo de lo edictado por el artículo 19 de la Ley Nº 17.835, de 23 de setiembre de 2004, si sus titulares no ofrecieran prueba que los mismos tienen un origen diverso a los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos en un plazo de seis meses, caducará todo derecho que pudieran tener

sobre los fondos inmovilizados, operando el decomiso de pleno derecho.

En los casos en que se produjere el hallazgo de bienes o productos provenientes de delitos tipificados en la presente ley o delitos conexos, si en el plazo de seis meses no compareciere ningún interesado, operará el decomiso de pleno derecho.

63.5. (Ámbito subjetivo). *El decomiso puede alcanzar los bienes enumerados en los incisos anteriores de los que el condenado por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Podrán ser objeto de decomiso el dinero, los bienes y los demás efectos adquiridos en un momento anterior a aquél en que se ha desarrollado la actividad delictiva del reo, siempre que el tribunal penal competente disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva.*

A los fines del decomiso se considerará al condenado por los delitos previstos en la presente ley o conexos con éstos, beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia.

La determinación y el alcance objetivo y subjetivo del decomiso serán resueltos por el tribunal penal competente".

Como puede verse, al establecer que se trata de una consecuencia accesoria de la actividad ilícita, en la norma uruguaya -al igual que en la legislación española-, se independiza conceptualmente el decomiso de la pena y por ende de una sentencia que declare a un sujeto responsable de un delito.

Ello ha permitido extender la medida de decomiso a bienes que pueden no estar directamente vinculados con la infracción penal objeto de enjuiciamiento y habilitar hipótesis de decomiso de pleno derecho en cuatro hipótesis: a) fuga del indagado o imputado (art. 63.4 inciso primero); b) desinterés del titular de activos inmovilizados a instancias de la Unidad de Información y Análisis Financiero[62] (art. 63.4 inciso segundo); c) desinterés del titular de fondos o valores por tránsito transfronterizo no declarado[63] (art. 63.4 inciso tercero), y d) abandono de bienes (art. 63.4 inciso

62 La ley uruguaya prevé la posibilidad de congelamiento administrativo por hasta 72 horas a instancias de la UIAF, de fondos sospechosos de estar vinculados a operaciones de lavado de activos, financiación del terrorismo o delitos conexos o que involucren a personas u organizaciones señaladas como terroristas por NNUU o declaradas tales por sentencia judicial nacional o extranjera, sujeto a ratificación por parte de la Justicia penal competente (Ley Nº1 17.835, arts. 6º y 18)

63 La legislación uruguaya prevé que cuando se constate el transporte a través de la frontera de dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios por un monto superior a U$S 10.000 o su equivalente sin que

cuarto).

Se establece además el concepto de beneficiario final, para prevenir la frustración de la medida frente a transferencias fraudulentas o por la utilización de personas jurídicas.

A diferencia del Código Penal español, no se prevé en la normativa uruguaya la posibilidad de imposición de decomiso en caso de exención o extinción de la respolnsabilidad penal, aunque al haber quedado la medida desvinculada del principio de culpabilidad y de la imposición de una pena, se deja la puerta abierta para ingresar en el análisis de tales hipótesis.

Al momento, lo que corresponde señalar es que la normativa referida se viene aplicando sin mayores contratiempos, particularmente en jurisdicción de Justicia Especializada en lo Penal en Crimen Organizado.

Dr. Ricardo Pérez Blanco
Director de Servicios Jurídicos
Ministerio de Economía y Finanzas
URUGUAY
rperez@mef.gub.uy
Montevideo, setiembre de 2011.-

haya mediado declaración en tal sentido, se retendrán los valores, se iniciará un procedimiento administrativo a efectos de la imposición de una multa y se dará cuenta a la Justicia penal (Ley 17.835, art. 19)

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO.

Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO

Capítulo Primero
DISPOSICIONES GENERALES

1. Introducción

La obligación de saneamiento tiene su origen en la mancipatio romana, llevada a cabo mediante el cobre y la balanza y de conformidad con la Ley de las Doce Tablas. El mancipante vendedor estaba obligado a garantizar la propiedad del comprador en el caso que un tercero impugnase la validez del derecho adquirido por éste último.

Más tarde en la compraventa consensual se incluía una cláusula accesoria por la cual se establecía que el vendedor es responsable por los vicios jurídicos que presente la cosa vendida. La cantidad que el vendedor se obligaba a pagar al comprador en caso de evicción, podía variar del simple al cuádruplo, pero generalmente el vendedor se obligaba a pagar el doble del precio recibido (*stipulatio duplae*). Posteriormente el Derecho romano consideró la obligación de sanear como un elemento de la compraventa que operaba aun cuando no hubiera pacto.

La regulación de las obligaciones de saneamiento no es uniforme en la legislación comparada. El BGB alemán, lo regulan en los contratos típicos o nominados. Otros, como los códigos de Francia[1], Argentina (art. 1414 y ss.), España (art. 1461 y 1474 y ss.), Colombia, Chile (art. 1837 y ss.), Ecuador, Italia (arts. 1483 y ss.), lo regulan en el

[1] El art. 1626 del Código francés dispone: “Aun cuando en la venta no se haga ninguna estipulación sobre la garantía, el vendedor está obligado de derecho a garantizar al adquirente de la evicción que él sufra en la totalidad o parte del objeto vendido, o de las cargas pretendidas sobre este, y no declaradas cuando la venta”.

contrato de compraventa, pero sus normas, por vía de remisión, son aplicadas a los otros contratos en los que se transfiere la propiedad o el uso del bien[2]. El Código civil mexicano de 1929, lo regula "la evicción y el saneamiento" en el libro de las obligaciones, en el título sobre incumplimiento de las obligaciones, arts, 2119 a 2162. Finalmente, códigos como el portugués y el peruano de 1984 lo regulan en la Parte General de la contratación, de modo que son aplicables a todos los contratos sean nominados (típicos) o innominados (atípicos).

Como se aprecia, en un principio el saneamiento fue considerado como un efecto del contrato de compraventa, luego se extendió a los contratos traslativos a título oneroso y finalmente a todo contrato traslativo sea a título oneroso o gratuito.

El derogado código civil de 1852, inspirado en el Código de Napoleón, reguló solamente la evicción y el saneamiento en quince artículos. El, también, derogado Código civil de 1936 trató del saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios en las disposiciones generales de los contratos, limitando su aplicación a los contratos onerosos en los que se transfiera la propiedad, posesión o uso de una cosa.

El Código civil vigente de 1984 clasifica a las obligaciones de saneamiento en cuatro rubros: 1) disposiciones generales; 2) saneamiento por evicción; 3) saneamiento por vicios ocultos; y 4) saneamiento por hechos propios del transferente. Sus normas son aplicables tanto a los contratos a título oneroso como a título gratuito.

La obligación de sanear por evicción, por vicios redhibitorios y por hechos propios del transferente tiene lugar por ministerio de la ley, aunque las partes no la hayan

[2] Por ejemplo, el primer párrafo del art. 1553 del Código civil español dispone: "Son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa". El art. 1525 del Código civil argentino señala: "El locador responde de los vicios o defectos graves de la cosa arrendada que impidieran el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido, o hubiese sobrevenido en el curso de la locación, y el locatario puede pedir la disminución del precio, o la rescisión del contrato, salvo si hubiese conocido los vicios o defectos de la cosa".

estipulado expresamente. Las partes contratantes pueden convenir que la obligación de sanear sea aumentada, disminuida o suprimida totalmente. Pero la convención no funciona cuando se pretenda liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo o cuando éste, en la celebración del contrato, ha actuado con dolo o culpa inexcusable, porque no se puede tolerar que el transferente se aproveche de su propio fraude, ni se puede admitir que el adquirente haya querido que lo engañen impunemente.

La obligación de saneamiento del transferente por sus hechos propios, por evicción y por vicios ocultos es *objetiva*, puesto que responde prescindiendo de su culpabilidad, por el solo hecho de que el adquirente no puede destinar el bien a la finalidad de la adquisición. El dolo o la culpa del transferente solamente agrava su responsabilidad haciéndola extensiva al resarcimiento de los daños por haber conocido o estado en la posibilidad de conocer que no le pertenece el derecho que transfiere o que el bien cuyo derecho transfiere adolece de vicios ocultos.

Para el Derecho peruano, *evicción* no es la simple interposición de una demanda de evicción, sino el despojo al adquirente del bien adquirido por efecto de una resolución judicial o administrativa firme dictada en el procedo judicial de evicción o en el respectivo proceso administrativo. *Vicio oculto o redhibitorio* es el defecto grave y oculto que se encuentra en el bien adquirido a título oneroso o gratuito. *Saneamiento* es la obligación de resarcir que tiene el transferente frente al adquirente impedido de destinar el bien a la finalidad de la adquisición como consecuencia de la evicción, los vicios ocultos o hechos del propio transferente.

2. Extensión de la obligación de saneamiento

Artículo 1484.- *Hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien*.

El art. 1484, al igual que los arts. 1.461 y 1.474 del Código civil español[3], denomina *saneamiento* a lo que un gran sector de la doctrina y del Derecho comparado conoce como *garantía*[4].

Se trata de una responsabilidad del transferente del derecho de propiedad, uso o posesión de bien, una vez que ha ejecutado su prestación y con independencia de su buena o mala fe, por no poder el adquirente destinar ese bien a la finalidad para la cual lo adquirió, o sea, es una responsabilidad objetiva poscumplimiento del contrato.

El saneamiento es regulado por el art. 1484 como una institución de aplicación general a todos los contratos, onerosos o gratuitos, traslativos de la propiedad, uso o posesión de un bien. Se trata de una obligación impuesta por la ley, pero de esencia contractual.

Sanear, en su acepción amplia, significa hacer sano a un bien, repararlo o remediarlo, y, en su acepción contractual, es la obligación que asume el que transfiere un bien en propiedad, uso o posesión, de responder ante el adquirente por las consecuencias de no poder utilizar el bien para el fin de la adquisición, como consecuencia de la evicción, los vicios ocultos o el hecho propio del transferente[5].

Es inapropiado el uso de la palabra *garantía* por evicción y por vicios redhibitorios, por cuanto no se comprende qué es lo

---

[3] Código civil español: Art. 1.461. El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Art. 1.474. En virtud del saneamiento a que se refiere el art. 1.461, el vendedor responderá al comprador: 1º De la postsesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2º de los vicios o defectos ocultos que tuviere.

[4] Por ejemplo, los arts. 1483 y siguientes del Código civil italiano.

[5] La Corte Suprema ha resuelto: Sanear, en su acepción más amplia significa remediar una cosa y en su acepción contractual el saneamiento es considerado como la obligación del transferente del bien de remediar al adquirente por los vicios ocultos del bien, de tal manera que la obligación del saneamiento, es complemento de la de entregar y se está obligado a sanear en tanto no se entregó una cosa como se debía. Así, la obligación de sanear cubre ese defecto o vacío, y asegura al adquirente que podrá gozar de la cosa conforme a su destino (Cas. Nº 1735-97-La Libertad, en *El Código civil en su jurisprudencia*, Diálogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007, p. 560).

que garantiza el transferente, de qué modo se manifiesta esa garantía, si es una garantía personal o real o si se refiere a la garantía patrimonial genérica. En el saneamiento por evicción, antes que se produzca la evicción total o parcial no existe obligación de sanear ni garantía alguna. Es apropiada la expresión *responsabilidad por evicción o por vicios ocultos*, pero no se trata de una responsabilidad por incumplimiento que tiene su origen en la falta de ejecución de las prestaciones contractuales debidas, sino de una responsabilidad cuyo germen se encuentra en la negociación misma, pero que se hace ostensible una vez ejecutada la prestación de dar un bien en propiedad, uso o posesión, debido a que el transferente no era titular del derecho que transfiere o el bien transferido adolecía de defectos ocultos, privando al adquirente de su derecho de poder destinar el bien a la finalidad de la adquisición. No es una responsabilidad que necesariamente se derive del dolo o la culpa, pues la obligación de sanear existe aun cuando el enajenante no haya incurrido en culpa alguna; el dolo o la culpa sólo hará extensiva la responsabilidad al pago de la indemnización de daños.

La obligación de saneamiento es la que contrae el que transfiere, a título oneroso o gratuito, la propiedad, la posesión o el uso de un bien, cuando por sus propios hechos, la evicción de un tercero o la existencia de vicios ocultos se priva al adquirente de su derecho de destinar dicho bien a la finalidad para la cual fue adquirido. El art. 1484 elimina la limitación que existía en el Código civil de 1936, cuyo art. 1370 lo circunscribía a los contratos celebrados a título oneroso.

La finalidad perseguida por las partes en los contratos, onerosos o gratuitos, por los cuales se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien, mueble o inmueble, registrado o no registrado, es que el adquirente pueda destinarlo al fin previsto en el contrato o al que se derive de su naturaleza.

Los *antecedentes normativos* del art. 1484 son: Código civil español: Art. 1.474. En virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1461, el vendedor responderá al comprador: 1°. De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2°. De los vicios o defectos ocultos que tuviere; Art. 1.461. “El vendedor está

obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta". El Código español considera al saneamiento como un efecto del contrato de compraventa, en cambio, nuestro Código lo regula como una institución aplicable, en general, a todo contrato, oneroso o gratuito, por el que se transfiere la propiedad, posesión o uso de un bien. Código civil peruano de 1852: Art. 575. Está obligado a la evicción y saneamiento el que enajena algo por título oneroso, como en la venta, permuta, pago, dote necesaria, transacción; Art. 1415. Aunque no se haya estipulado en el contrato la evicción y el saneamiento, está el vendedor sujeto a ellos. Código civil de 1936: Art. 1370. Aunque no se hubiese estipulado la evicción y el saneamiento, el enajenante está sujeto a ellos en todos los contratos onerosos en que se transfiere la propiedad, la posesión o el uso de la cosa.

3. La obligación de saneamiento: Concepto. Fundamento. Clases de saneamiento. Contratos en los que procede

> **Artículo 1485.-** *En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.*

Se adquiere un bien en propiedad, uso o posesión para destinarlo a la producción de otros bienes o servicios, o para revenderlo, donarlo, entregarlo en garantía, en préstamo, exhibirlo, guardarlo, consumirlo, para cualquier uso lícito que se le pueda dar en el futuro de acuerdo a su naturaleza, para usufructuarlo, etcétera.

Por ejemplo, si el caballo comprado para fines de reproducción es impotente (*vicio oculto*), o si A vende a B un bien que es de propiedad de C, por lo que éste demanda al comprador por reivindicación y obtiene una sentencia que lo declara propietario y condena a ese comprador a desocuparlo (el comprador es *eviccionado* del bien); o el propietario de un fundo vende la parte baja conservando las tierras altas y, después de la venta, desde las tierras altas desvía el curso de las aguas dejando

sin agua a las tierras bajas vendidas (el comprador se ve perjudicado por un *hecho propio* del vendedor), es evidente, en estos tres ejemplos, que el adquirente no podrá destinar el bien para la finalidad de la adquisición, por lo que su transferente debe resarcirlo del perjuicio sufrido.

El art. 1485 define al saneamiento en los siguientes términos: "En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor". Es decir, el saneamiento es la institución destinada exclusivamente a que el transferente compense (indemnice, resarza) al adquirente por la privación de su derecho a destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuya su valor para ese efecto como consecuencia de la evicción, los vicios ocultos del bien o los hechos propios del transferente.

Del art. 1485 se desprende que el *fundamento* del saneamiento por evicción, por vicios ocultos o por hechos propios del transferente se encuentra en la obligación que tiene el transferente de compensar al adquirente por haber sido privado de su derecho a destinar el bien a la finalidad para la cual lo adquirió o que el bien disminuya su valor, o sea el saneamiento tiene carácter indemnizatorio; el transferente debe resarcir al adquirente pagándole el valor del bien, los intereses, gastos, costas, entre otros conceptos.

El destino que se dará al bien es el fin o finalidad perseguida por el adquirente al celebrar un contrato de transferencia, y si no se ha previsto en el contrato la finalidad de la adquisición se dará al bien el destino que se derive de su naturaleza.

Es obligación de todo el que transfiere un bien, obrando de buena fe, responsable y lealmente, consiste en asegurar al adquirente que el bien podrá ser destinado a la finalidad de la adquisición.

Si el adquirente no consigue obtener la finalidad perseguida con el contrato, al no poder dar al bien el destino para el que lo adquirió, a causa de *hechos propios* del transferente, o a que es

eviccionado, total o parcialmente, del derecho de propiedad, uso o posesión del bien, o porque éste presenta *vicios ocultos*, surge para el transferente la *obligación de sanear* al adquirente pagándole el valor del bien, los intereses, frutos, y demás conceptos especificados en la ley (art. 1495, 1512, 1525), o pagándole lo que el bien vale de menos por tales causas (arts. 1501, 1513, 1525).

Tradicionalmente se enfrentan dos teorías sobre el fundamento de la obligación de saneamiento: la que considera que *el saneamiento es una consecuencia de la obligación de entregar el bien*; y la que sostiene que *el saneamiento es una obligación de garantizar la posesión pacífica y útil del bien*.

Los que consideran que *la obligación de saneamiento es una consecuencia de la obligación de entregar el bien* afirman que el transferente debe entregar un bien como el previsto en el contrato, porque si incumple con esta obligación entregando un bien que adolece de vicios jurídicos u ocultos, surge otra obligación de garantizar contra estos vicios, a fin de mantener indemne al adquirente. Se sanciona al transferente por incumplimiento del contrato, al no entregar un bien como el previsto en el contrato, sin importar la finalidad de la adquisición. Así, los Mazeaud[6] expresan: "El vendedor está obligado a entregar la cosa tal y como se haya convenido, tal y como se haya previsto por las partes cuando la conclusión del contrato. En consecuencia debe la garantía al comprador si la cosa entregada difiere de la cosa convenida; bien sea porque lleve consigo, sin saberlo el comprador, una posibilidad de *evicción*; bien sea porque se encuentre afectada por un *vicio oculto*, ignorado por el comprador. La obligación de garantía puede ser considerada así como una simple prolongación de la obligación de entrega".

Los que sostienen que *la obligación de saneamiento garantiza la posesión pacífica y útil del bien* dicen que el fundamento del saneamiento es asegurar, garantizar, la posesión pacífica y útil del bien, siendo determinante la finalidad de la

[6] Mazeaud, Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho civil*, parte tercera, v. III, Los principales contratos, trad. de Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1974, p. 267.

adquisición. Así, Badenes[7] manifiesta que "el saneamiento de evicción asegura la posesión pacífica de la cosa", y "el saneamiento por vicios ocultos asegura la posesión útil". Por su parte, Rezzónico[8] dice que "el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad de la cosa, y siendo la propiedad por definición "el derecho de usar y gozar de las cosas de la manera más absoluta", es evidente que aquella obligación del vendedor no se cumple si el comprador es privado de la propiedad total o parcialmente. Es decir, si los derechos que adquiere sobre la cosa son menoscabados, si no los goza en su plenitud e integridad, por causa de evicción o de vicios ocultos de la cosa". Continúa diciendo este autor que "se trata, en verdad, de una obligación derivada de los principios generales de buena fe y lealtad que presiden el cumplimiento de los contratos".

Los que utilizan la palabra *garantía* sostienen que con la *garantía de saneamiento por evicción* se garantiza la posesión pacífica, evitando que el adquirente sea perturbado por la existencia de derecho de terceros sobre el bien enajenado, y con la *garantía por los vicios de la cosa* se garantiza la posesión útil del bien, o sea se pone al adquirente a cubierto de vicios en el bien que afectan su normal utilización. No resulta apropiado hablar de garantía allí donde no hay hipoteca, anticresis, garantía mobiliaria (prenda), warrant, fianza, aval, ni referencia alguna, expresa o implícita, sobre la denominada "prenda general" o "garantía general". El transferente no garantiza sino se obliga a sanear por evicción o por los vicios ocultos existentes en el bien o por sus hechos propios que no permitan destinar el bien a la finalidad de la adquisición o la finalidad a la que normalmente está destinada. La acción de saneamiento a que da lugar la evicción o la existencia de vicios tiene carácter indemnizatorio: el transferente debe indemnizar al adquirente cuando por razón de la evicción o de la existencia de vicios ocultos en el bien, no puede destinarlo a la finalidad para la cual lo adquirió o por la disminución del valor del bien.

[7] Badenes Gasset, Ramón, *El contrato de compraventa*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979, p. 583.
[8] Rezzónico, Luís María, *Estudio de los contratos en nuestro Derecho civil*, Compraventa, permuta, cesión de derechos, tercera edición, Desalma, Buenos Aires, 1967, p. 230.

Para nuestro ordenamiento jurídico civil el saneamiento tiene un *fundamento indemnizatorio*. En todo contrato de transferencia de bienes en propiedad, uso o posesión de un bien, el transferente persigue y asegura al adquirente que podrá "destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido", en caso contrario, el transferente está obligado a sanear al adquirente compensándolo por la pérdida, inutilidad o disminución del valor del bien para cumplir con esa finalidad como consecuencia de los hechos personales del transferente, de la evicción o de los vicios ocultos del bien. Eta es la doctrina que sustenta a la norma del art. 1485 que dispone: "*En virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder* (no ha garantizar) *frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor*". No queda duda que la institución del saneamiento por evicción, vicios ocultos y hecho propio del transferente se *fundamenta* en la necesidad de reparar al adquirente por no poder destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o cuando por tales causas el bien disminuye su valor. La finalidad de la adquisición es el factor determinante de la obligación de sanear, no contando para nada la buena o mala fe con que haya actuado el transferente o si el contrato de transferencia fue a título oneroso o gratuito.

En efecto, nadie adquiere un bien, en propiedad, uso o posesión, así porque sí, sin perseguir alguna finalidad, sino que lo adquiere para con ese bien alimentarse, vestirse, curarse de una enfermedad, recrearse, utilizarlo para construir otro bien, trasladarse de un lugar a otro, labrar la tierra, abonar las plantas, etc. El ser humano es estructuralmente finalista, todo lo que hace o deja de hacer es persiguiendo algún fin, de ahí que en la celebración de los contratos traslativos, por un deber de buena fe, de lealtad, el transferente debe hacer todo lo necesario para asegurar al adquirente que el bien transferido podrá ser destinado al fin previsto en el contrato; y si no fuera así, porque el adquirente es despojado del bien por efecto del derecho de un tercero anterior a la transferencia o porque el bien adolece de

vicios ocultos o por hechos propios del transferente, éste está obligado a sanear por esas causales.

El bien no va a poder ser destinado al fin de la adquisición cuando el adquirente es eviccionado del mismo; si la evicción es parcial la utilidad del bien para dicho fin, o sea su valor, disminuye. Tampoco se podrá utilizar el bien para el fin de la adquisición o esa utilidad disminuye cuando adolece de vicios ocultos no conocidos por el adquirente en el momento de la adquisición. Igual no podrá usarse el bien para el destino de su adquisición cuando devine en inútil o disminuye su valor como consecuencia de hechos del propio transferente. Luego, es natural que el transferente esté obligado a indemnizar al adquirente por todos los perjuicios que sufre por no poder utilizar el bien para la finalidad para la cual fue adquirida o por disminución de su valor.

En otros términos, en virtud del saneamiento, el transferente, en propiedad, uso o posesión, está obligado a responder frente al adquirente cuando éste no puede destinar el bien a la finalidad para la cual lo adquirió o por disminución de su valor, como consecuencia: a) de ser privado definitivamente, total o parcialmente, del derecho de propiedad, uso o posesión del bien adquirido en virtud un fallo, judicial o administrativo, que reconoce el mejor derecho de un tercero b) el bien adolece de vicios ocultos existentes al momento de la transferencia; y c) por actos propios del transferente.

Antes que se produzca la evicción no hay obligación de sanear por esta razón; el transferente no está obligado a sanear por el solo hecho que terceros promuevan acciones judiciales o administrativas contra el adquirente alegando que el bien les pertenece en propiedad, uso o posesión; si los terceros pierden en esas acciones significa que el bien transferido estaba libre de vicios jurídicos; solamente si los terceros ganan, surge para el transferente la obligación de sanear por evicción. De otro lado, si el bien adolece de vicios ocultos, pero estos no impiden que sea destinado a la finalidad de la adquisición ni disminuyen su valor, tampoco hay obligación de sanear; en todo caso, si el vicio oculto consiste en el error sobre la materia de que está formado el bien (se cree que es de oro cuando en realidad es de cobre) o sobre una

de sus cualidades esenciales (se cree que el aceite es de oliva, cuando es de maíz), el adquirente tendrá la acción de anulabilidad por la causal de error esencial (art. 201.1), pero no la de saneamiento. El saneamiento por evicción o por vicios ocultos o por hecho propio del transferente solamente procede cundo no es posible destinar el bien adquirido al fin que motivó la adquisición o cuando disminuye su valor. Si esta finalidad se alcanza no se genera la obligación de sanear por estas causales. La evicción, los vicios ocultos y el hecho propio del transferente se valoran en relación con la finalidad para la cual fue adquirido el bien.

Comentando el Código civil italiano, Messineo[9] dice que la ley, en relación a la evicción y los vicios ocultos, concibe a la tutela del comprador como una obligación de *garantía* por parte del vendedor, pero que en realidad el vendedor *responde* de la evicción y de los vicios ocultos para que el comprador quede indemne; por lo que prefiere hablar, en lugar de *garantía*, de *responsabilidad* por evicción y por vicios ocultos. Esta opinión de Messieno es acertada, pues en realidad el transferente no garantiza sino responde al adquirente resarciéndole (reponiéndole) su patrimonio perdido a causa de la evicción, los vicios ocultos o sus hechos propios; no hay obligación de garantía sino de indemnización al adquirente por todo lo que ha perdido (valor del bien, intereses, frutos, tributos, gastos, mejoras, daños) por tales causas. La terminología propuesta por Messineo ha sido adoptada por nuestro Código civil al disponer en el art. 1485 que por el saneamiento el transferente está obligado a *responder* frente al adquirente por la evicción, los vicios ocultos o sus hechos propios.

La obligación de saneamiento es de tres clases: a) *Saneamiento por evicción;* b) *Saneamiento por vicios ocultos o redhibitorios*; y c) S*aneamiento por hecho propio del transferente*.

El transferente solamente está obligado a sanear por la pérdida sufrida injustamente por el adquirente como consecuencia de la evicción, los vicios ocultos o el hecho propio del

[9] Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. V, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 100.

transferente, que hacen inútil el bien para la finalidad para la cual fue adquirido o cuando disminuyan considerablemente su valor para dicha finalidad. El transferente está obligado a salvaguardar al adquirente contra las consecuencias de no poder destinar el bien a la finalidad estipulada en el contrato debido a la evicción, los vicios ocultos o por sus hechos propios; el transferente responde ante su adquirente independientemente de su dolo o culpa, los cuales tienen relevancia únicamente para la indemnización de daños.

Procede la obligación de sanear tanto en los contratos a *título oneroso* como en los a *título gratuito* por los que se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien. Si la naturaleza jurídica, explicación o fundamente del saneamiento no consiste en asegurar la equivalencia entre lo que se da como prestación y lo que se recibe como contraprestación, sino que el adquirente pueda destinar el bien adquirido a la finalidad de la adquisición prevista en el contrato, y, a falta de previsión, a su destino normal, y que si no puede darle ese destino por efecto de la evicción o de los vicios ocultos, sea indemnizado por todos los perjuicios sufridos, lo mismo da que el contrato traslativo sea a título oneroso o gratuito.

4. Presunción de destino normal del bien

> **Artículo 1486.-** *Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar*.

Si en el contrato no se ha indicado la finalidad de la adquisición, expresa ni tácitamente, se presume, *iuris tantum*, para fines del saneamiento, que es voluntad de las partes dar al bien su *destino normal*, el más conforme a su naturaleza, considerando sus características, la oportunidad de la adquisición, la clase de actividades a que se dedica el adquirente, si éstas fueron comunicadas al transferente o éste las conocía por sus propios medios, y las costumbres del lugar de ubicación del bien;

todo lo cual requiere ser probado en la etapa procesal correspondiente.

La Corte Suprema ha resuelto: Si en el contrato no se indica, expresa ni tácitamente, la finalidad de la adquisición, debe presumirse que la finalidad de la adquisición es el destino normal, cuyo contenido debe establecerse en razón de las características del bien objeto del contrato, de la oportunidad de su adquisición y las costumbres del lugar de ubicación del bien; todo lo cual requiere que en la etapa procesal correspondiente se establezca, de acuerdo al caso concreto, el contenido de la presunción aludida, lo que finalmente es un tema de carácter probatorio cuyo análisis no está dentro de las atribuciones de la Corte Casatoria[10].

Es muy variada la finalidad por la que se adquiere el derecho de propiedad, uso o posesión de un bien. Por ejemplo, se puede adquirir el derecho de propiedad de un bien con la finalidad de consumirlo, exhibirlo en una feria, revenderlo, entregarlo en arrendamiento, comodato, gravarlo en respaldo del pago de una deuda, guardarlo, etc. Esa finalidad puede ser la convenida por las partes expresa o implícitamente, caso en el que se habla de "finalidad de la adquisición prevista por las partes"; o, si en el contrato no se ha previsto la finalidad de la adquisición, se presume que las partes quisieron dar al bien un destino de acuerdo a su naturaleza (una inmueble construido para casa habitación no puede ser destinado para local industrial; un caballo de paso no puede ser usado como caballo de carrera), a la oportunidad de la adquisición (el comerciante minorista que compra a un mayorista hace la adquisición para revender los bienes adquiridos; el que compra a un minorista generalmente adquiere el bien para su consumo) y las costumbres del lugar (en un lugar donde las gentes se dedican a la agricultura utilizando la fuerza de los animales, el que compra una yunta de bueyes lo hace con el fin de dedicarlos a remover la tierra, no para revenderlos o sacrificarlos y consumirlos). El que no se pueda destinar el bien para la finalidad de la adquisición prevista en el contrato y, a falta de ella, a la finalidad que se derive de la naturaleza del bien, de las

[10] Cas. Nº 1417-97-Lima, en *El Código civil en su jurisprudencia*, Dialogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007, p. 566.

circunstancias que rodearon su adquisición o de las costumbres del lugar, debido a los hechos propios del transferente, a la evicción o a los vicios ocultos, surge para el transferente la obligación de sanear al adquirente.

5. Transmisión hereditaria de la obligación y del derecho de saneamiento

> **Artículo 1487.-** *Tanto la obligación como el derecho de saneamiento se trasmiten a los respectivos herederos.*

En cuanto a los efectos de las obligaciones, el principio general reza: "Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores (art. 660). Toda obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario (art. 1218). Como por el saneamiento el transferente debe responder frente al adquirente por no poder dar al bien el destino para el que lo adquirió, pagándole una cantidad de dinero por concepto de valor del bien, intereses, costos, daños, entre otros conceptos, es incuestionable que esta obligación de dinero se transmite a los herederos; éstos deben compensar al adquirente hasta donde alcancen los bienes que les ha dejado su causante, por ejemplo, si el causante debía por saneamiento la suma de cien y los bienes que ha dejado como herencia tienen un valor de sesenta, los herederos compensan al adquirente sólo por esta última cantidad[11].

Como el saneamiento, elemento natural del contrato, es una obligación contractual que se enmarca dentro del principio general *res inter alios acta* que rige los efectos del contrato, principio que establece: "Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles" (art. 1363), tanto la obligación como el derecho de sanear pasan a los respectivos herederos de los contratantes. Lo dispuesto por los art. 1218 y 1326, respectivamente, constituye el fundamento del

[11] Art. 661. El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incube los herederos la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial.

principio concreto que, al regular los efectos del saneamiento, dispone que “tanto la obligación como el derecho de saneamiento se transmite a los respectivos herederos” (art. 1487).

Tanto la obligación de saneamiento del transferente como el derecho al saneamiento del adquirente se transmiten a sus respectivos herederos a título universal como a sus causahabientes a título particular *inter vivos*. El adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores, en la medida que éstos estén obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes (art. 1488). En otros términos, el transferente no solamente queda obligado *ope legis* a sanear a su inmediato adquirente, sino también a los sucesivos adquirentes; el adquirente puede dirigir su acción contra su inmediato transferente o contra el transferente originario o contra cualquiera de los transferentes intermediarios.

6. Extensión de la transmisión hereditaria. Caducidad

> **Artículo 1488.-** *El adquirente puede exigir el saneamiento tanto a su inmediato transferente como a los anteriores a éste, en la medida que éstos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes.*
>
> *Los plazos de caducidad de las acciones de saneamiento contra los transferentes anteriores al inmediato se cuentan a partir de la celebración de sus respectivos contratos*.

La obligación de saneamiento no sólo se transmite a los herederos a título universal, sino también a los sucesivos transferentes a título particular, o sea no sólo está obligado a sanear el último transferente al último adquirente, sino que también están obligados a sanear los transferentes anteriores al último, hasta llegar al transferente originario del cual todos derivan sus derechos. En las trasmisiones sucesivas del bien, el último adquirente puede accionar por saneamiento contra su inmediato transferente o contra cualquiera de los anteriores. El derecho de accionar contra su inmediato transferente deriva del acto jurídico que dio lugar a la transmisión. Su derecho de

accionar contra los anteriores transferentes se justifica considerando que al transferirse un bien, se trasmiten los derechos que con relación a él tenía el *tradens*, entre los cuales se halla el derecho al saneamiento. Como dice Barandiarán[12], "tal derecho se trasmite a título accesorio, subrogándose el último adquirente en tal derecho que su trasmitente tenía contra aquel de quien adquirió la cosa".

El art. 2109 del Código civil argentino, fuente del art. 1488 del Código peruano, señala: "El adquirente de la cosa no está obligado a citar de evicción y saneamiento al enajenante que se la transmitió, cuando hayan habido otros adquirentes intermediarios. Puede hacer citar al enajenante originario, o a cualquiera de los enajenantes intermediarios". Vélez Sársfield[13] en nota puesta debajo de este artículo, citando a Troplong y Pothier dice: "Por Derecho romano y por el Derecho de las partidas, el recurso era gradual. El adquirente debía citar al enajenante inmediato, éste al que le había transmitido la cosa y así sucesivamente hasta llegar al enajenante originario. Se observaba en este orden, porque según el Derecho romano, las acciones no podían pasar de una persona a otra sin una cesión. Pero por nuestro Derecho no es así. El acreedor puede ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con la sola excepción de los que sean inherentes a su persona. Se juzga que cada enajenante ha transferido la cosa a su adquirente *Cum omni sua causa*, es decir, con todos los derechos que le competían. El último adquirente, es pues tácita y necesariamente subrogado en todos los derechos de garantía de los que han poseído la cosa antes que él, y reúne esos derechos en su persona".

El transferente debe el saneamiento a su adquirente. Si éste trasmitió el bien a otro, responde frente a éste, y así sucesivamente. El último adquirente acciona exigiendo el saneamiento contra su transferente o contra cualquiera de los anteriores transferentes.

[12] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 175..
[13] Código civil de la República Argentina, Edición La Ley, 1989, p. 403.

Como sostiene Beudant[14], la jurisprudencia francesa "reconoce al comprador el derecho de obrar no solamente contra el autor directo, sino también contra cualesquiera de los anteriores transferentes, y esto por acción directa. Esto implica que el vendedor debe la garantía no solamente al comprador, su cesionario directo, sino también a los causahabientes de este último; en otras palabras, el lazo legal existente entre cada autor y el conjunto de causahabientes ulteriores. Esta manera de ver, aunque discutible, es consagrada por la jurisprudencia. Ella se funda principalmente en el art. 1615, conforme a cuyos términos la persona que enajena una cosa transfiere al mismo tiempo todos los derechos que le pertenecen con referencia a la cosa. Vender es colocar al comprador en su lugar y situación, trasmitirle todos los derechos que se tiene y que son anexos a la cosa vendida. Desde el momento que el vendedor tenía el derecho eventual de obrar contra su propio causante, el comprador adquiere este derecho por efecto de la venta; es, pues, en virtud de un derecho que le es personal, pues es cesionario de él, que puede obrar contra el causante de su causante; él se dirige a él, *omisso medio*; él ejerce su acción en virtud de un derecho propio y no por aplicación del art. 1166". Esta doctrina francesa sobre el saneamiento en el contrato de compraventa es aplicable al Derecho peruano extendiéndola a todos los contratos por los cuales se transfiere la propiedad, el uso o la posesión de un bien, por mandato expreso del art. 1488.

La ley permite que el último subadquirente o adquirente definitivo pueda dirigir su acción de saneamiento directamente contra su inmediato transferente o contra un transferente intermedio o contra el transferente primitivo. De este modo al encadenamiento *económico* en la distribución y colocación de los bienes en el mercado corresponde un encadenamiento *jurídico*.

Por ejemplo, A dona un bien a B, quien lo entrega en permuta a C, y este lo vende a D. El comprador D es despojado del bien por efecto de una sentencia que reconoce al tercero E como su legítimo propietario. D puede elegir entre A, B y C a la

[14] Barandiarán, José León, *Tratado de derecho civil*, t. IV, Teoría general del contrato, WG editor, Lima, 1992, p. 219.

persona contra quien dirigir su acción de saneamiento por evicción. El elegido que pague tendrá, a su vez, acción con contra su transferente o anteriores a éste. En nuestro medio es común que el adquirente eviccionado del bien dirija su acción contra su transferente inmediato; en el ejemplo propuesto, D demanda a su transferente C, quien, después de pagar, se puede dirigir contra B, y, finalmente, éste contra A.

Conforme al último párrafo del art. 14, los plazos de caducidad para plantear la acción de saneamiento contra los transferentes anteriores al último se contarán a partir de la celebración de los respectivos contratos de transferencia.

Tratándose de saneamiento por vicios ocultos, el art. 1514 dispone que los plazos de caducidad se computan desde el momento de la recepción del bien. Sería conveniente que se adopte como regla común para los tres tipos de saneamiento, por evicción, por vicios ocultos, por hecho propio del transferente, que los plazos de caducidad se cuenten a partir de la entrega del bien y no a partir de la celebración del contrato.

Arias Schreiber[15] propone que el segundo párrafo 1488 debería decir: Los plazos de caducidad de las acciones de saneamiento contra los transferentes anteriores al inmediato se cuentan a partir de las respectivas fechas de entrega del bien.

7. Modificación convencional de la obligación de saneamiento

> **Artículo 1489.-** *Los contratantes pueden ampliar, restringir o suprimir la obligación de saneamiento, salvo el caso contemplado en el artículo 1528.*

Por ser la obligación de saneamiento un elemento natural de todo contrato por el que se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien, no requiere ser estipulada, opera por mandato de la

[15] Arias Schreuber Pezet, Max, Exegesis del Código cvil peruano de 1984, en colaboración con Carlos Cárdenas Quiroz, Angela Arías Schreiber M. y Elvira Martínez Coco, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 297.

ley, aun cuando las partes no hayan hecho mención alguna a ella en su contrato.

Debido al carácter natural, no esencial, de la obligación de saneamiento, y por concernir a derechos de orden privado, que interesan solamente a los contratantes, éstos mediante estipulación expresa o tácita pueden suprimirla, ampliarla o restringirla. Pero tal estipulación sólo es válida si el transferente ignora los vicios o desconoce el derecho del tercero sobre el bien transferido, puesto que si conoce que el bien es vicioso o que el derecho que transfiere le pertenece a un tercero, la estipulación carece de validez, porque el Derecho no puede tutelar el comportamiento doloso del transferente.

Es inválida la cláusula contractual por la que se conviene la limitación o supresión de la obligación de sanear del transferente por sus hechos personales (art. 1528), o cuando conoce que el derecho que transfiere no le pertenece, o sabe que el bien adolece de graves defectos, pero no los revela al adquirente (art. 1328).

El art. 1528 dispone que “es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo”. Pretender liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo, sería como liberar al transferente sobre la base de su mala fe.

Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor (art. 1328). Nadie puede ampararse en su propia culpa o dolo para liberarse de responsabilidad. Si el *transferente* actúa de mala fe al estipularse la supresión o limitación de su obligación de saneamiento, lo estipulado carece de toda eficacia; igualmente, si *adquirente* procede con mala fe al convenirse la ampliación de la obligación, tampoco es válido lo pactado. La estipulación de no estar obligado a sanear por evicción, vicios ocultos o hechos personales del transferente también se detiene ante leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres (art. V del T.P.).

Se *amplía* la obligación de sanear cuando se extiende sus efectos a supuestos no comprendidos en la ley, por ejemplo, el transferente se obliga a sanear por vicios ocultos que sobrevengan a la celebración del contrato, o que sean conocidos o susceptibles de ser conocidos por el adquirente, o que no tienen la gravedad como para dar lugar al saneamiento; o el transferente se obliga a sanear cuando un tercero despoja del bien al adquirente por las vías de hecho o cuando el derecho del tercero evicente surge con posterioridad a la transferencia del bien en propiedad, uso o posesión.

Las cláusulas de *restricción* de la obligación de sanear, tal y como están configuradas por la ley, son las más frecuentes que las de *ampliación*. Por ejemplo, se limita los efectos del saneamiento solamente a determinados vicios o a determinada gravedad de éstos y no a otros; o solamente a determinados derechos de terceros y no a otros, así solamente al derecho de propiedad, pero no al derecho de uso o posesión; o el transferente se obliga a pagar un valor inferior al que tenga el bien en el momento de la evicción (si el saneamiento es por evicción) o de la resolución del contrato (si el saneamiento es por vicios ocultos).

La prueba de la existencia del pacto de ampliación, limitación o supresión de la obligación de saneamiento corresponde a quien la invoca.

Los *antecedentes normativos* del art. 1489 son: Código civil de 1852: Art. 1416. Pueden los contratantes ampliar o restringir a su voluntad la evicción y el saneamiento; pueden también pactar que el vendedor no quede sujeto a esta obligación; Art. 1417. Aunque se hubiese pactado que no quede sujeto el vendedor a saneamiento, lo estará sin embargo al que resulte de un hecho personal suyo; todo pacto en contrario es nulo. Código civil de 1936: Art. 1362. Se puede restringir o renunciar la responsabilidad por los vicios redhibitorios. Se puede también ampliarla; Art. 1371. Pueden los contratantes ampliar o restringir la evicción y el saneamiento; pueden también pactar que el enajenante no quede sujeto a estas obligaciones; Art. 1372. Aunque se hubiese pactado que no quede sujeto el enajenante a

saneamiento, lo estará sin embargo al que resulte de un hecho personal suyo; todo pacto en contrario es nulo.

8. El saneamiento en las ventas forzadas

> **Artículo 1490.-** *En las ventas forzadas hechas por las autoridades y entidades autorizadas por ley, el saneamiento queda limitado a la restitución del precio que produzca la transferencia*.

Conforme al art. 1490, la garantía del saneamiento por evicción se debe en las ventas forzadas hechas por autoridades y entidades autorizadas por ley, en cuyo caso el saneamiento queda limitado a la restitución del precio. En realidad no se trata de una obligación de saneamiento por la cual el transferente se obliga a indemnizar por el perjuicio sufrido por el adquirente como consecuencia de la evicción, sino de una obligación de restitución. Por ejemplo, A es deudor de X. Éste embarga y remata judicialmente el bien de su deudor, bien que se adjudica a C. Luego el bien es reivindicado por D. El adjudicatario C puede demandar A, deudor ejecutado, para que le restituya el precio que pagó en la venta forzada.

Por mandato del art. 1491, el transferente está obligado al saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme, por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia; y por disposición del art. 1495, el adquirente podrá exigir al obligado la restitución del valor del bien al momento de la obligación, el pago de los intereses, tributos, gastos, costas, indemnización por daños, entre otros. Todas estas facultades emanan de un contrato surgido de la libre manifestación de voluntad de las partes; el transferente, libremente toma la decisión de enajenar un bien en propiedad, uso o posesión. Distinta es la situación de las ventas forzosas, realizadas en contra de la voluntad del transferente, cuando la ley lo autoriza, en las cuales, conforme al art. 1490, el saneamiento queda limitado a la restitución del precio que produzca la venta.

El vendedor no es el acreedor ejecutante sino el deudor ejecutado. El adjudicatario es el que asume el papel de comprador. El precio que paga el adjudicatario no es entregado al deudor ejecutado sino al acreedor ejecutante.

El deudor ejecutado no vende voluntariamente, no interviene en la determinación del precio, no recibe el precio, pero éste es utilizado para cancelar o disminuir sus deudas, lo que es lo mismo que entrase en su patrimonio, razón suficiente para que esté obligado a restituir el precio pagado por el adjudicatario. El hecho de que no vende voluntariamente sino que es forzado a vender, es motivo suficiente para que su obligación de sanear se limite a la restitución del precio.

No hay duda que el que vende y está obligado al saneamiento por evicción no es el acreedor ejecutante, sino el deudor ejecutado. Como explican los Mazeaud[16], "cuando el comprador haya adquirido la cosa por la que sufre la evicción en una venta forzosa, o sea, en una adjudicación tras embargo o luego de una quiebra, tiene por deudor de las sumas que se le deban en virtud del artículo 1.630, no a los acreedores embargantes o reunidos en una masa, sino al embargado o al quebrado. Aunque la venta haya sido forzosa y exigida por los acreedores o por el síndico que represente a la masa, es, en efecto, el embargado o el quebrado el que ha vendido un bien del que seguía siendo propietario. Pero la repetición del comprador que haya sufrido la evicción contra el vendedor embargado o quebrado no le permitirá obtener lo que se le debe, al menos en su totalidad. ¿Puede ejercer entonces el comprador, contra los acreedores, para obtener la restitución del precio, una acción por pago de lo indebido? Se ha sostenido así, observando que el comprador, cuando haya adquirido la cosa ajena, ha pagado un precio que no era debido. Pero, ¿no cabe responder que le ha pagado ese precio al vendedor embargado o al quebrado? Los acreedores, al repartirse ese precio con los demás bienes del deudor, no han hecho sino cobrar lo que se les debía; no han recibido lo indebido".

[16] Mazeaud, Henry … ob. cit., p. 277.

Para que opere la obligación de sanear por evicción en la ejecución de los bienes del deudor se requiere: que la venta sea forzada y que sea hecha por autoridad o entidad autorizada por ley, consiguientemente, no se extiende a las ventas voluntarias hechas por autoridad o entidad autorizada legalmente, como ocurre con las ventas de bienes de menores o incapaces.

Hacemos notar que la parte general de los contratos contiene principios de aplicación general a los contratos en particular, entre los que figuran las obligaciones de saneamiento que existe en todos los contratos por los que se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien. Es una mala técnica legislativa regular en la parte general de los contratos el caso especial relativo al saneamiento en las «ventas forzadas» como lo hace el art. 1490. Para solucionar este problema, o se reemplaza la palabra «ventas» por la de «transferencia» o «enajenación», o se cambia de ubicación a este artículo pasándolo al lugar donde se regula la compraventa.

Los antecedentes normativos del art. 1490 son: Código civil chileno: Art. 1851. En las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado, por causa de la evicción que sufriere la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta. Código civil argentino: Art. 2122. En las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta. Código civil peruano de 1936: Art. 1382. En las ventas forzadas hechas por la autoridad judicial, el vendedor no está obligado sino a restituir el precio que produjo la venta.

Capítulo Segundo
SANEAMIENTO POR EVICCIÓN

1. Obligación de saneamiento por evicción

Artículo 1491.- *Se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución*

judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

1.1. Etimología

Evicción es palabra de etimología latina (*evictio-evictionis*), derivada del verbo latino *evincere* que significa vencer en juicio; de donde deriva *evictus*, que significa vencido[17]. *Evicto* es el que ha sido vencido en juicio y privado del derecho que adquirió; *evicente*, el que lo ha vencido; obligado a sanear el que por haber trasmitido el derecho al *evicto* debe responder[18].

1.2. Definición de evicción

La *evicción* es definida por el art. 1491 como el acto por el cual "el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de una resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia" [19]. Conforme a esta definición, por la evicción el adquirente no pierde el bien o parte de él, sino pierde todo o parte del derecho a la propiedad, uso o posesión de dicho bien, lo que lo priva del poder de destinarlo a la finalidad de la adquisición.

Podemos decir que para el Derecho peruano no hay *perturbación* de derecho al adquirente por la sola interposición y trámite de una demanda judicial o administrativa de evicción, sino cuando el adquirente es privado, total o parcialmente, del derecho adquirido[20] por efecto de una resolución judicial o administrativa firme dictada en un proceso de evicción. También en el Derecho romano, el comprador debía esperar a que se le desposeyera efectivamente de la cosa, para poder proceder contra su vendedor por daño derivado del incumplimiento, cuando resultare haber recibido cosa ajena.

---

[17] Rezzónico, Luís María, ob. cit., p. 231.
[18] Spota, Alberto G., ob. cit., p. 213.
[19] Barbero dice que por *evicción* (*evincere est vincendo auferre*: eviccionar es quitar, venciendo) se entiende el hecho de que un tercero, haciendo valer derechos sobre el bien objeto de la transferencia, reivindique con éxito del adquirente la *pertinencia* de él (Barbero, Domenico, *Sistema del Derecho privado*, IV, Contratos, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, p. 20).
[20] . "La privación o turbación puede recaer tanto en un derecho real transmitido –dominio, usufructo, servidumbre, etc.- como en uno creditorio –de uso y goce a favor del locatario, por ejemplo-, asimismo, en un derecho intelectual" (Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 402).

Se denomina tercero *evicente* o *eviccionante* al que, mediante resolución judicial o administrativa, despoja del bien al adquirente. Al que sufre la privación, pérdida o despojo del bien se le llama *eviccionado, evicto*.

Como dice Spota[21], la evicción parte del supuesto de hecho consistente en un ataque jurídico al derecho trasmitido. No comprende los ataques físicos. "La evicción "producida" adviene si por una causa anterior o contemporánea a la adquisición, el adquirente (comprador, permutante, cesionario, socio, copartícipe, aun el donatario) es privado, total o parcialmente, del derecho (o de su uso y goce) que se le ha transmitido, y es privado porque se reconoce *judicialmente* a favor de otro un mejor título jurídico a ser titular de ese derecho".

Por la evicción se priva al adquirente de todo o parte del derecho sobre el bien adquirido (por contrato oneroso o gratuito), por efecto de una resolución judicial o administrativa firme que reconoce un derecho de tercero, anterior a la transferencia. Por ejemplo, A vende a B un bien que es de propiedad de C, por lo que éste puede reivindicar. Si C entabla acción reivindicatoria y obtiene una sentencia que lo declara propietario y obliga al comprador B a abandonar el bien, se dice que ese comprador ha sido eviccionado.

1.3. La acción de evicción

La acción de evicción es ejercida por el tercero mediante una demanda o en una contestación a una demanda que le ha interpuesto el adquirente. En el primer caso, el tercero demanda al adquirente por evicción alegando ser él el titular del derecho transferido, o sea que a él le pertenece el bien ya sea en propiedad, uso o posesión. En el segundo caso, el adquirente perturbado en su derecho por un tercero, demanda a éste por reivindicación del bien, mejor derecho a la propiedad, uso o posesión del bien, se vale de los interdictos o de otras acciones reales o personales, y el tercero demandado en la contestación a la demanda alega ser él el titular del derecho transferido.

[21] Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho civil, Contratos*, Vol. IV, compraventa y permuta, efectos de la compraventa, cesión de créditos, locación de cosas, Desalma, Buenos Aires, 1986, p. 213

El derecho que el tercero accionante alega tener sobre el bien transferido y que le es reconocido por resolución judicial o administrativa, puede ser real o personal; derecho total o parcial; pretende ser propietario o usufructuario; invoca o impugna una servidumbre; afirma que es arrendatario[22], etcétera.

1.4. Clases de evicción

La privación del derecho del adquirente como consecuencia de la evicción puede ser total o parcial.

Por la evicción *total* el adquirente se ve privado de todo el derecho adquirido, quedando sin título alguno. Por la evicción *parcial* el adquirente es privado del derecho de una parte determinada del bien (parte del bien no le pertenecía al transferente) o de una parte alícuota del mismo (por ejemplo, se transfiere la totalidad del derecho de propiedad de un bien, cuando el transferente es solamente copropietario) o se priva al adquirente de un derecho menor sobre el bien (por ejemplo, adquirió la propiedad del bien y es eviccionado del derecho de usufructo sobre el mismo).

Como dice Barbero[23], así como un bien puede *pertenecer* a su titular en distinto grado e intensidad, a saber, a título de propiedad (pertinencia *tout-court*) o de copropiedad (pertinencia común) o a título de usufructo, uso, servidumbre, etc. (pertenencias *menores*), así también la evicción como sustracción de pertinencia puede ser de distinta extensión e intensidad; puede ser una evicción de propiedad (evicción del derecho *mayor*), la que puede extenderse a todo el bien (*evicción total*) o a una parte de él (*evicción parcial*), o puede ser una evicción de un derecho de usufructo, servidumbre, etc. (esto es, en cuanto a la reivindicación de un derecho *menor*), que puede ser también *total* o *parcial*. Hacemos notar que para el derecho peruano las cargas y gravámenes no aparentes existentes en el bien transferido no son casos de evicción, sino de vicios ocultos.

En resumen, la evicción puede ser total o parcial, según que el adquirente pierda todo o parte del derecho que le fue transferido,

[22] Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., p. 271.
[23] Barbero, Domenico, ob. cit., p. 22.

o sólo alguno o algunos atributos de ese derecho. Por ejemplo, el adquirente es privado de la propiedad de todo el bien que compró (experimenta la evicción total de lo adquirido) o solamente de parte de dicho bien, o el tercero evicente obtiene el reconocimiento de un derecho menos pleno al de la propiedad como puede ser el de uso o el de usufructo (el adquirente queda siempre con una parte de su adquisición). Como dice Arias Schreiber, "la evicción es total cuando el adquirente pierde todo el derecho que le fue transferido y es parcial, si sólo es privado de parte de ese derecho. Un ejemplo de evicción total lo tenemos cuando el tercero obtiene un fallo firme por el cual se declara que es el propietario del inmueble transferido al adquirente. Habrá en cambio evicción parcial, cuando lo que obtiene el tercero es el reconocimiento de un derecho menos pleno o temporal, como sería el de ser usufructuario del derecho transferido, en cuyo evento el adquirente sólo tendría el derecho a la propiedad, pero no el uso y disfrute".

Sin embargo, recalcamos que para el Derecho peruano, la pérdida por el adquirente de un derecho real menor por la existencia en el bien de cargas o gravámenes (servidumbres, hipoteca, anticresis, garantía mobiliaria) no aparentes no está regulado como un caso de saneamiento por evicción sino de saneamiento por vicios ocultos (art. 1509).

1.5. Extensión de la evicción

La *extensión del concepto de evicción* es establecida por ley. Para nuestro Código civil vigente de 1984 solamente hay evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del bien adquirido. En cambio, un sector del Derecho extranjero entiende por evicción no solamente al *despojo* del bien en virtud de una resolución judicial o administrativa, sino también a la *perturbación* que sufre el adquirente al ser demandado judicial o extrajudicialmente por un tercero que alega tener un derecho sobre el bien transferido. Así, para el Derecho francés, como afirman los Mazeaud, garantizar al comprador contra la evicción es, según el art. 1.625, asegurarle una "posesión pacífica de la cosa vendida"; lo cual se expresa de otra forma por el art. 1.626: "Aunque con ocasión de la compraventa, no se haya efectuado

ninguna estipulación acerca de la garantía, el vendedor está obligado de pleno derecho a garantizar al adquirente por la evicción que sufra en la totalidad o en parte del objeto vendido y por los supuestos gravámenes sobre ese objeto, y no declarados al vender". El vendedor debe impedir que un tercero invocando un derecho sobre la cosa vendida, atente contra la propiedad, la posesión o la tenencia del comprador.

El Código civil argentino en su art. 2091 señala: "Habrá evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo o en parte del derecho que adquirió, o sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa. Pero no habrá garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aun en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación". Vélez Sarsfield, en nota puesta debajo de este artículo, expresa: "Decimos "turbación de derecho", es decir una demanda judicial o extrajudicial, por la que un tercero reclamase un derecho cualquiera, como por ejemplo, si un tercero ejerciese una acción hipotecaria que lo amenazase de ser vencido en el derecho que creía tener en la cosa libre de toda carga, o si pretendiese un derecho de propiedad en todo o en parte, o un derecho de usufructo, de uso o habitación, o simplemente de arrendamiento. En fin, toda acción real, y aun las acciones personales o posesorias que pueden ser ejercidas contra terceros, constituyen una turbación de derecho. En cuanto a las turbaciones de hecho, por las cuales un tercero sin pretender ningún derecho, ejerce actos indebidos, como si pasase por el fundo del propietario, la garantía entonces está en la ley misma, y el propietario debe dirigirse contra el autor de las vías de hecho" [24].

También para el derogado Código civil peruano de 1936, por el saneamiento por evicción, el transferente está obligado a garantizar al adquirente por toda *turbación* o *pérdida* del bien

[24] Código civil de la República argentina, La Ley, Buenos Aires, 1989, 400.

adquirido en propiedad, uso o posesión, por un vicio de derecho anterior a la transferencia. Es decir, el saneamiento por evicción comprende dos obligaciones para el transferente: La primera es una obligación principal de hacer consistente en la defensa judicial del adquirente en el proceso promovido por el tercero evicente (art. Art. 1375); y la segunda es una obligación subsidiaria de dar, para el caso que el tercero demandante triunfe en el proceso judicial y despoje (eviccione) del bien al adquirente, consistente en la restitución del precio y el pago por los otros conceptos especificados en la ley (art. 1374).

1.6. Concepto de saneamiento por evicción

El *saneamiento* por evicción es la obligación del transferente de compensar al adquirente la privación del derecho que sufre por efecto de la evicción.

Qué duda cabe que el adquirente, al ser despojado del derecho sobre el bien adquirido y no poder destinarlo a la finalidad de la adquisición, sufre una pérdida o menoscabo de su patrimonio, por lo que el saneamiento es de naturaleza indemnizatoria, o sea el transferente debe indemnizarle pagándole todo lo que ha perdido como consecuencia de la evicción.

Conforme al art. 1491 del Código civil vigente, el transferente sólo está obligado al saneamiento por evicción, cuando el adquirente es privado, sin su culpa, mediante resolución judicial o administrativa firme, de todo o parte, temporal o definitivamente, de la propiedad, uso o posesión del bien adquirido, en virtud de un derecho preexistente de un tercero. Por ejemplo, A vende a B un bien que es de C; el comprador B ya se encuentra en posesión del bien que compró. Ante esta situación, el propietario C puede interponer una acción reivindicatoria (art. 923) o una de mejor derecho de propiedad, cualquiera de la dos, contra B. Si C pierde, el vendedor A no está obligado a nada frente al comprador B. Pero si C gana, el vendedor A debe sanear a su comprador B pagándole el valor que tiene el bien al momento de la evicción, con los intereses legales, las mejoras realizadas, los gastos e impuestos que fueron de cargo del comprador, y los daños que éste ha sufrido.

La obligación de saneamiento por evicción existe *ex lege* en todos los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien (arts. 1484 y 1491)[25]. Esto significa que el transferente está obligado a sanear no solamente cuando a enajenado un bien ajeno, sino también cuando ha enajenado un bien propio, cuyo derecho de propiedad es indiscutible, pero el adquirente es despojado a consecuencia de un mejor derecho de tercero al uso o posesión de un bien que no es de su propiedad (usufructuario, arrendatario, ect.). En otros términos, el saneamiento procede cuando el adquirente es eviccionado del derecho de propiedad adquirido o, cuando manteniendo éste derecho, es despojado solamente del uso o posesión. El tercero evicente puede despojar al adquirente del derecho de propiedad o solamente del derecho al uso o del derecho a la posesión.

El presupuesto necesario para que haya evicción es la resolución judicial o administrativa que obligue al adquirente a abandonar el bien, por no pertenecerlo el derecho de propiedad o perteneciéndolo no tiene derecho al uso o posesión del mismo. La sola interposición de una demanda judicial o reclamo administrativo no significa que el tercero sea el titular del derecho transferido. No es serio que el transferente asegure que nadie discutirá judicial o administrativamente el derecho del adquirente; lo que puede asegurarle es que nadie podrá despojarlo del bien, judicial o administrativamente. Mientras no exista despojo judicial o administrativo, el transferente ha cumplido con su obligación de entregar un bien idóneo para la finalidad de la adquisición.

El transferente solamente está obligado a sanear por el despojo que sufre el adquirente como consecuencia de una pretensión jurídica de un tercero; al transferente no se le puede imputar los despojos llevados a cabo por las vías de hecho (usurpaciones, ocupaciones clandestinas, etc.).

[25] Ley 26887, Ley General de Sociedades, Art. 28. *Saneamiento de los aportes*. El aportante asume ante la sociedad la obligación de saneamiento del bien aportado. Si el aporte consiste en un conjunto de bienes que se transfiere a la sociedad como un solo bloque patrimonial, unidad económica o fondo empresarial, el aportante está obligado al saneamiento del conjunto y de cada uno de los bienes que lo integran. Si el aporte consiste en la cesión de un derecho, la responsabilidad del aportante se limita al valor atribuido al derecho cedido pero está obligado a garantizar su existencia, exigibilidad y la solvencia del deudor en la oportunidad en que se realizó el aporte.

Como la evicción no es del bien sino del derecho sobre el bien, existe la obligación de sanear no solamente cuando el adquirente es privado del derecho adquirido, sino también cuando es privado de algunos de los atributos de ese derecho, por ejemplo, el adquirente en propiedad no es eviccionado de su derecho de propiedad del bien, sino solamente del derecho de uso o disfrute de ese bien que le es reconocido a un tercero mediante resolución judicial o administrativa firme, lo que disminuye indudablemente el valor del bien.

La *evicción* es el antecedente del *saneamiento*; sin evicción no hay saneamiento. Entre evicción y saneamiento hay una relación de causa a efecto. Solamente si el tercero *eviccionante* priva al adquirente de la propiedad, uso o posesión del bien, surge para el transferente la obligación de *sanear* al adquirente *eviccionado*.

No hay evicción por el solo hecho que el adquirente tome conocimiento que su transferente no ha sido el titular del derecho que le transfirió. No hay obligación de sanear si el tercero titular del derecho transferido no evicciona haciendo uso de los mecanismos legales. Si el tercero verdadero titular del derecho transferido despoja del bien al adquirente por las vías de hecho, el adquirente se defiende solo por los mecanismos legales que la ley le franquea (interdictos, desalojo por ocupante precario, denuncia penal por usurpación). El solo temor del adquirente de ser eviccionado del bien no le da derecho al saneamiento. El hecho de que un tercero promueva contra el adquirente acción judicial o administrativa de evicción, sin que exista resolución pasada en autoridad de cosa juzgada que prive al adquirente del derecho adquirido, no genera la obligación de sanear del transferente. Solamente hay obligación de sanear por evicción cuando el adquirente es despojado del derecho adquirido mediante resolución judicial o administrativa firme que lo despoja, total o parcialmente, del derecho adquirido.

1.7. Obligados al saneamiento por evicción

Debe el saneamiento por evicción todo el que transfiere un bien en propiedad, uso, o posesión, salvo que los contratantes hayan suprimido la obligación de saneamiento (art. 1489). El

adquirente puede dirigir su acción de saneamiento por evicción contra su inmediato transferente o contra los transferentes anteriores a éste, en la medida que éstos hubieran estado obligados a ello con respecto a sus inmediatos adquirentes (art. 1488). A su vez, el transferente o antecesor contra quien se dirige el adquirente, puede accionar por saneamiento por evicción contra cualquiera de sus antecesores, y así sucesivamente hasta llegar al autor de la causa de la evicción.

1.8. Campo de aplicación de la obligación de saneamiento

En el Derecho romano, la obligación de saneamiento solamente funcionó en el contrato de compraventa, cuando el comprador era privado de la posesión de la cosa por efecto de una decisión judicial que lo obligaba a abandonarla a favor de un tercero. Sólo operaba cuando el comprador era efectivamente privado de la cosa. No era elemento natural del contrato sino elemento accidental, requería ser estipulada (*stipulatio duplae*), hasta que la actio empti conseguir siempre el saneamiento por evicción.

En nuestro derecho funciona tanto en los contratos onerosos como en los gratuitos por los que se transfiere la propiedad, el uso o la posesión de un bien mueble o inmueble. Es presupuesto necesario para funcione la obligación una resolución judicial o administrativa firme. No hay obligación de sanear si el adquirente no es despojado del derecho sobre el bien adquirido.

1.9. Diferencias entre *obligación de transferir* la propiedad, el uso o la posesión de un bien y *obligación de sanear*

No hay que confundir la *obligación de transferir* la propiedad, uso o posesión de un bien con la *obligación de sanear* por evicción del derecho de propiedad, uso o posesión del bien. La primera es de cumplimiento del contrato y la segunda es poscumplimiento; ésta sólo funciona si se ha dado efectivo cumplimiento al contrato, es decir, si el transferente ha ejecutado su prestación, objeto del contrato.

Son dos obligaciones distintas del transferente. En la primera de estas obligaciones, si el transferente no ejecuta la prestación debida consistente en la transferir la propiedad, uso o posesión del

bien que ha enajenado, incurre en incumplimiento del contrato, por lo que el adquirente puede optar entre demandarlo para que cumpla con el contrato o para que éste se resuelva por incumplimiento (art. 1428); en cambio, en la obligación de sanear, el transferente ha cumplido con ejecutar su prestación (no hay incumplimiento del contrato), pero luego el adquirente, a instancia de un tercero, es eviccionado del derecho adquirido por efecto de una resolución judicial o administrativa, que lo priva del poder de destinar el bien a la finalidad de la adquisición. El incumplimiento de la prestación es causa de resolución del contrato y la evicción es causa de saneamiento; la obligación de transferir es contractual, la de saneamiento es legal.

1.10. Saneamiento de bien común

Si la transferencia es de un bien común, que pertenece en copropiedad a dos o más personas, los copropietarios transferentes están obligados recíprocamente al saneamiento por evicción, en proporción a la parte de cada uno (art. 982). Por ejemplo, se divide, contractual o judicialmente, una herencia entre los herederos A, B y C; cada uno recibe un bien de valor equivalente al de los bienes que reciben cada uno de los otros dos. Con posterioridad a la partición, A es eviccionado del bien que se le adjudicó, debido a que un tercero acreditó tener un mejor derecho que el del causante. Sería injusto que A se quede sin herencia, razón por la que B y C deben sanearle; eso sí, cada uno de los tres soportará la pérdida en proporción a su respectiva cuota, lo que significa que el coheredero A eviccionado soporta la parte que le toca.

1.11. Fundamento del saneamiento

El *fundamento* de la obligación de saneamiento consiste en la protección que debe otorgar el ordenamiento jurídico al adquirente, que como consecuencia de la evicción total o parcial del derecho de propiedad, uso o posesión, no puede destinar el bien, objeto de ese derecho, a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuya su valor.

1.12. Naturaleza jurídica del saneamiento

La obligación de saneamiento por evicción es un elemento natural del contrato, está en la naturaleza misma del contrato de transferencia de la propiedad, uso o posesión de un bien, pero no es de su esencia; es una obligación impuesta al transferente por ley. Para algunos códigos el saneamiento por evicción es una *obligación de garantía* de posesión pacífica del bien (Código francés, art. 1640; italiano, art. 1485 y 1497; español, arts. 1481 y 1482; chileno, arts. 1843, 1844, 18461852; argentino, arts. 2108 a 2112; en cambio, para otros códigos, como nuestro vigente Código de 1984, el saneamiento por evicción es una *obligación compensatoria*. Para ambos sistemas, el que lo considera como garantía y el que lo considera como una obligación compensatoria (indemnizatoria), el saneamiento es un elemento natural del contrato mediante el cual se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien.

1.13. Requisitos del saneamiento por evicción

Los *requisitos* para que funcione la obligación de saneamiento por evicción son los siguientes:

1º) *Transmisión de un bien en propiedad, uso o posesión*.

La obligación de saneamiento por evicción procede en los contrato a título oneroso (venta, arrendamiento, etc.) o a título gratuito (donación, suministro gratuito, etc.), por los que se transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien.

En los derogados códigos civiles de 1852[26] y de 1936[27], la obligación de saneamiento por evicción se circunscribía a los

[26] Código Civil de 1852: Art. 575. Está obligado a la evicción y saneamiento el que enajena algo a título oneroso, como en la venta, permuta, pago, dote necesaria, transacción. Art. 576. Por la evicción queda obligado el enajenante a defender judicialmente la cosa enajenada, en el caso de ser demandado por ella el que la recibió. Por el saneamiento queda obligado el que enajena a responder por el valor de la cosa, daños y perjuicios, si el que la recibió la pierde judicialmente, ó se descubre en ella vicios ocultos que no se consideraron al tiempo de la enajenación. Art. 577. Entre las cosas que se adquirieron a título no oneroso, hay también lugar a la evicción y saneamiento: 1º En las hijuelas de partición de los bienes comunes. 2º En los legados genéricos. Art. 1415. Aunque no se haya estipulado en el contrato la evicción y el saneamiento, está el vendedor sujeto a ellos.

contratos onerosos, mientras que el Código vigente de 1984 extiende el ámbito de aplicación de esta obligación a todos los contratos, onerosos o gratuitos, por los que se transfiere la propiedad, uso o posesión del bien.

2º) *Privación total o parcial del derecho adquirido.*

Conforme al art. 1491 se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es *privado* total o parcialmente del derecho adquirido en virtud de una resolución judicial o administrativa que reconozca el derecho de un tercero, anterior a la transferencia. Antes que el adquirente sea despojado del bien o del derecho sobre el bien, el transferente no está obligado a ningún saneamiento por evicción; las demandas que interpongan terceros alegando mejor derecho sobre el bien transferido no obliga al transferente a defender judicialmente al adquirente. La obligación de saneamiento por evicción es una sola, y consiste en resarcir (obligación de dar) a su adquirente pagándole el valor que tiene el bien al tiempo de la evicción y los demás conceptos previstos en la ley (art. 1495).

En otros términos, el enajenante no está obligado a sanear a su adquirente por las *amenazas de perturbaciones de derecho* como son las amenazas de demandarlo o denunciarlo judicialmente o como es el hecho de que sea efectivamente demandado o denunciado ante los tribunales, casos en que las perturbaciones de derecho subsisten hasta la finalización del proceso, pero el derecho del adquirente permanece mientras no se dicte sentencia definitiva en su contra. Si el demandante o denunciante pierde en el proceso judicial, significa que el bien transferido no adolecía de vicios jurídicos, por tanto, el transferente no tiene nada que sanear. Pero si el tercero demandante (en la vía civil) o denunciante (en la vía penal) gana en el proceso judicial, el adquirente va a ser eviccionado del bien adquirido, o sea será privado de derecho de la propiedad, uso o posesión del bien, por lo que su transferente debe sanearle. Hay perturbación efectiva de

---

[27] Código civil de 1936. Art. 1370. Aunque no se hubiese estipulado la evicción y el saneamiento, el enajenante está sujeto a ellos en todos los contratos onerosos en que se transfiera la propiedad, la posesión o el uso de las cosas.

derecho cuando el adquirente es privado efectivamente del derecho adquirido mediante una resolución judicial o administrativa definitiva.

3°) *Resolución judicial o administrativa firme*.

Para que exista la obligación de sanear por evicción, la privación al adquirente del derecho de propiedad, uso o posesión debe producirse por efecto de una sentencia o resolución administrativa firmes que decidan que el derecho trasmitido pertenece, total o parcialmente, a un tercero.

Hay obligación de sanear toda vez que exista una resolución judicial o administrativa, pasada en autoridad de cosa juzgada, que reconozca a un tercero el derecho o mejor derecho (que el del adquirente) a la propiedad, uso o posesión del bien transferido, obligando al adquirente a abandonar dicho bien, con lo que se frustra su interés de destinarlo a la finalidad de la adquisición. Es decir, cuando el adquirente, por efecto de la evicción, no logra alcanzar la finalidad para la que adquirió el bien, surge para el transferente la obligación de sanear.

La ley exige resolución firme y ésta puede tener esa calidad por haber quedado *consentida*, al no haber sido impugnada, o por haber quedado *ejecutoriada*, cuando se han usado los recursos impugnatorios para que la causa se resuelva en última instancia.

Para que el adquirente tenga derecho al saneamiento, basta que la sentencia quede consentida, porque el transferente no puede exigir del adquirente una diligencia que él no ha observado, puesto que fue notificado con la demanda de evicción.

En los derogados códigos civiles de 1852 y 1936, la obligación de saneamiento por evicción solamente surgía si el adquirente ha sido eviccionado mediante sentencia judicial firme; en el código vigente, para que exista tal obligación, el despojo del bien al adquirente puede ser por efecto de una sentencia judicial o de una resolución administrativa.

4º) *Causa anterior a la transferencia*.

El transferente no responde por las perturbaciones que se basan en causas posteriores a la transferencia, por ejemplo, una expropiación.

El transferente está obligado a sanear solamente si el adquirente ha sido privado del derecho a la propiedad, uso o posesión del bien adquirido por existir un derecho del tercero evicente, anterior a la transferencia. Los derechos de terceros adquiridos con posterioridad a la transferencia no producen evicción.

La pérdida del bien por el *accipiens* debe tener un origen jurídico. El *tradens* no está obligado a sanear a su adquirente por los *despojos o perturbaciones de hecho*, sin derecho, realizados por terceros, como son las amenazas de invasión o la invasión ya efectuada, los deterioros causados en el bien, la ocupación precaria, el hecho de que el tenedor de la posesión se niega a restituirle el bien; de estas perturbaciones o privaciones de hecho el adquirente se defiende con los recursos que le franquea la ley, como es la defensa extrajudicial a que se refiere el art. 920 o la judiciales a través de los interdictos, las acciones posesorias, la reivindicatoria o, en su caso, las acciones personales[28].

De lo dicho se concluye que la turbación de derecho puede o no conducir a la privación del derecho del adquirente. Sólo la privación de su derecho al adquirente obliga al transferente a sanear por evicción. Es decir, la privación, no la simple perturbación, de derecho es el presupuesto necesario del saneamiento por evicción. En otros términos, para nuestro ordenamiento jurídico civil, sólo *hay perturbación de derecho cuando el adquirente es despojado del bien* adquirido por efecto de una resolución judicial o administrativa que reconoce el derecho del tercero evicente, anterior a la adquisición.

El *accipiens* adquiere un derecho con todos sus atributos (*cum omni sua causa*) que permitan destinar el bien a la finalidad para la cual es adquirido. El derecho que se trasmite debe ser con todos sus atributos que permitan que el bien pueda cumplir con sus fines, libre de todo derecho de tercero. Cuando el adquirente es

[28] Como dicen los Mazeaud, "si la perturbación que le cause un tercero al comprador es solamente de hecho, por no alegar ese tercero ningún derecho, el vendedor no tiene que intervenir. En efecto, es totalmente ajeno a esa perturbación; así, el hecho de un vecino que envía su rebaño a pacer en el predio vendido. Le incumbe al comprador defenderlo solo" (Mazeaud, Henri, León y Jean, ob. cit., p. 271).

privado de alguno de los atributos del derecho adquirido por virtud de una sentencia o resolución administrativa que reconoce el derecho de un tercero, el transferente debe el saneamiento por el menoscabo del derecho trasmitido, siempre que el derecho del tercero tuviera su origen mientras el bien transmitido estuvo en el patrimonio del transferente o antes que él lo adquiriera, nunca por causa posterior a la transferencia. Si, por ejemplo, el que compró una casa es desalojado de ella como consecuencia de una sentencia que reconoce a un tercero el derecho de usufructo, anterior a la compraventa, el derecho de propiedad del comprador se ve disminuido, no es despojado de la propiedad, pero sí del uso y disfrute de dicho bien; en este caso, el transferente está obligado a sanear por el menoscabo del derecho de propiedad que transmitió (evicción parcial).

2. Evicción por allanamiento o abandono

> **Artículo 1492.-** *Se produce la evicción cuando el adquirente, con el asentimiento del transferente, se allana a la demanda o hace abandono del bien sin esperar la resolución de que trata el artículo 1491*.

Conforme al art. 1491, la evicción se produce por resolución judicial o administrativa firme que priva al adquirente de la propiedad, uso o posesión del bien adquirido, y, por disposición del art. 1492, la evicción también se produce cuando el adquirente, con el asentimiento del transferente, se allana a la demanda del tercero evicente o hace abandono del bien sin esperar que se dicte la resolución judicial o administrativa definitivas.

Cuando el derecho de quien reivindica es manifiesto, o sea es claro e indiscutible, el adquirente demandado, con el asentimiento de su transferente, puede allanarse a la demanda o abandonar el bien a favor del tercero demandante, con el fin de evitar todos los gatos, mortificaciones y pérdida de tiempo que implican seguir un proceso judicial, o en su caso administrativo, sabiendo que la resolución final de todos modos le va a ser

adversa. Es, pues, justificada la razón por la cual el art. 1492 dispone que la evicción se produce cuando el adquirente demandado por evicción, con el asentimiento del transferente, quien es el que en definitiva soporta los riesgos de la evicción, se allana a la demanda o abandona el bien sin esperar la resolución judicial o administrativa.

Con el allanamiento a la demanda, o el abandono del bien a favor del demandante, previo el asentimiento del transferente, éste queda obligado al saneamiento por evicción. Estamos frente a un caso en que el saneamiento por evicción procede sin resolución, judicial o administrativa, que prive al adquirente de su derecho, pero debido a que el derecho del tercero es claro e indiscutible.

Para que se deba el saneamiento es necesario que el adquirente recabe el asentimiento de su transferente para allanarse a la demanda del tercero eviccionante o para abandonar el bien en su favor. Si el adquirente se desiste de la demanda o abandona el bien sin el asentimiento de su transferente pierde el derecho al saneamiento.

No se puede dejar a la libre decisión del adquirente el determinar si el derecho del tercero demandante es o no indiscutible, porque podría actuar en perjuicio del transferente, por cuya razón la ley establece como presupuesto necesario para que se deba el saneamiento que el adquirente recabe previamente el asentimiento de su transferente para allanarse a la demanda o abandonar el bien en favor del tercero eviccionante.

3. Responsabilidad limitada del transferente

> **Artículo 1493.-** *Si el adquirente, con el asentimiento del transferente, ha evitado la evicción mediante un pago, el transferente puede liberarse de todas las consecuencias del saneamiento con el reembolso de lo pagado, de los intereses, de todos los gastos en que haya incurrido el adquirente y de la indemnización a que se refiere el artículo 1495, inciso 7.*

Cuando el derecho del tercero es claro e indiscutible, el adquirente, con el asentimiento del transferente, puede evitar la

evicción pagando al tercero el valor del derecho transferido, valor que establecerán de mutuo acuerdo entre las partes involucradas (transferente, adquirente y el tercero). En este caso, el transferente puede liberarse de las consecuencias del saneamiento reembolsando a su adquirente lo que éste pagó al tercero, con los respectivos intereses legales, pagándole los gastos en que ha incurrido el adquirente, y, si el transferente en la celebración del contrato ha actuado con dolo o culpa, deberá indemnizar a su adquirente por los daños sufridos.

Como el transferente es el que en definitiva sufre los efectos de la evicción, para evitarla pagando al tercero es necesario que el adquirente recabe el asentimiento del transferente. Si el adquirente paga al tercero sin el asentimiento de su transferente pierde el derecho al reembolso de lo pagado, intereses, gastos y a la indemnización por daños; en pocas palabras, cesa la obligación de sanear por parte del transferente.

El antecedente normativo del art. 1493 es el art. 1486 del Código civil italiano que señala: "*Responsabilidad limitada del vendedor*. Si el comprador ha evitado la evicción de la cosa mediante el pago de una suma de dinero, el vendedor puede liberarse de todas las consecuencias de la garantía con el reembolso de la suma pagada, de los intereses y de todos los gastos".

4. Dolo o culpa inexcusable del adquirente

> **Artículo 1494.-** *No hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por dolo o culpa inexcusable del adquirente*.

Cuando un tercero reclama un derecho sobre el bien transferido y triunfa en su reclamo despojando del bien al adquirente mediante una resolución judicial o administrativa definitivas, el transferente está obligado a sanear, siempre que el derecho del tercero tenga su origen antes de la transferencia, o sea antes de ésta el bien estaba dentro del patrimonio del tercero o él era el que tenía el derecho a la posesión, uso o goce de dicho bien, pero el transferente nunca responde por derecho de terceros que

surjan con posterioridad a la transferencia. Sin embargo, puede suceder que antes de la transferencia un tercero tenía un derecho en potencia pobre el bien trasferido, derecho que, después de la transferencia, llega a ser exigible por dolo o culpa inexcusable del adquirente, razón por la que éste pierde el derecho al saneamiento por evicción.

La ley castiga con la pérdida del derecho al saneamiento por evicción al adquirente que deliberadamente (dolo) o por negligencia grave (culpa inexcusable) no impide que el potencial derecho que tenía el tercero antes de la adquisición se haga exigible después de la transferencia, por ejemplo, el adquirente no hace nada para evitar que el tercero, que viene poseyendo *animus domini* desde antes de la adquisición, adquiera el bien por usucapión.

5. Efectos del saneamiento por evicción total

> **Artículo 1495.-** *El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente:*
>
> *1. El valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido.*
> *2. Los intereses legales desde que se produce la evicción.*
> *3. Los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.*
> *4. Las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas.*
> *5. Los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente.*
> *6. Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente.*
> *7. La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato.*

Producida la evicción total del derecho patrimonial trasmitido, dado el carácter indemnizatorio del saneamiento por evicción, el transferente debe pagar al adquirente: el valor del bien al

momento de la evicción con sus intereses legales, los frutos devengados desde que poseyó de buena fe o su valor, reintegrarle las costas que pagó el adquirente en el juicio de evicción y pagarle las costas del juicio de saneamiento, los tributos y gastos del contrato, las mejoras hechas de buena e indemnizarle los daños que le ha causado con su dolo o culpa. Lo que se quiere con la compensación por todos estos conceptos es evitar al adquirente un empobrecimiento injustificado.

Con forme a ley ¿cuáles son las indemnizaciones que corresponden al adquirente frente al transferente en caso de evicción total? El art. 1495 establece cada uno de los rubros en que se divide el resarcimiento que el transferente debe al adquirente que ha sufrido la evicción total. A ellos nos referimos a continuación.

El evicto tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle a su transferente:

1. *El valor del bien al momento de la evicción, teniendo en cuenta la finalidad para la que fue adquirido*.

Como para nuestro ordenamiento jurídico la obligación de saneamiento por evicción tiene carácter indemnizatorio, el transferente no está obligado a restituir por saneamiento a su adquirente el valor que éste pagó en el acto de la adquisición, sino a pagarle el valor que tiene el bien al momento de la evicción. Solución justa puesto que lo que pierde el adquirente no es el valor que pagó en el acto de la adquisición, sino el valor que tiene el bien en el momento de la evicción, valor que puede ser igual, inferior o superior al que pagó al hacer la adquisición.

Si el saneamiento por evicción es de carácter indemnizatorio, y como la indemnización de un daño patrimonial tiene por finalidad resarcir a la víctima del daño, y resarcir no es otra cosa que reponer el patrimonio perdido, y como lo que pierde el adquirente es el valor que tiene el bien al momento de la evicción teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición, razón por la que el adquirente debe recibir ni más ni menos que ese valor que pierde. Si recibe más se estaría enriqueciendo indebidamente, sin causa, que no es la finalidad de la indemnización; si recibe menos no se

le estaría reponiendo su patrimonio perdido, se le estaría obligando a empobrecerse indebidamente, injustamente, que tampoco es la finalidad de la indemnización de daño económico.

El transferente está obligado a pagar por saneamiento al adquirente el valor que tiene el bien al momento de la evicción aun cuando la transferencia se haya realizado a título gratuito. El transferente no restituye el valor indebidamente percibido de su adquirente, pues si el contrato es gratuito no ha recibido nada, sino que indemniza pagando el valor que tiene el bien al momento en que el adquirente lo pierde.

El adquirente tiene derecho a obtener por saneamiento una cantidad de dinero que le permita recomponer su patrimonio con otro bien de las mismas o parecidas características o cualidades que el que le fue arrebatado por efecto de la evicción, sin interesar que su adquisición haya sido a título oneroso o gratuito, y sin importar que el valor que tiene el bien al momento de la evicción sea inferior o mayor que el que tenía en el momento de la celebración del contrato.

Por ejemplo, *Primus* vende a *Secundus* una casa por el precio de 100,000 soles; *Tercius* evicciona del bien a *Secundus*; en el momento de la evicción la casa tiene un valor de 120,000 soles. *Primus* debe pagar por saneamiento a su adquirente *Secundus* la suma de 120,000 soles y no los 100,000 que recibió como precio. En caso contrario, si la casa en el momento de la evicción tiene un valor de 80,000 soles; *Primus* pagaría a *Secundus* por saneamiento solamente la suma de 80,000 soles y no los 100,000 que recibió como precio. Si *Secundus* fuera obligado a recibir por saneamiento una cantidad inferior al valor que tiene el bien en el momento de la evicción se estaría empobreciendo indebidamente, y si tuviera derecho a una cantidad superior a ese valor, se estaría enriqueciendo sin causa.

El valor del derecho sobre el bien al momento de la evicción debe establecerse teniendo en cuenta la finalidad para la cual fue adquirido. Si en el contrato no se ha indicado expresa ni tácitamente la finalidad de la adquisición del bien, para los fines de establecer su valor al momento de la evicción, se presumirá que la voluntad de las partes fue darle el destino normal de

acuerdo a sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar (art. 1486).

En la sucesión a título universal, hecha la partición de los bienes, si es "vencido el heredero en un juicio sobre los bienes que se le adjudicaron, sus coherederos le indemnizarán, a prorrata, el valor que ellos tenían al momento de la evicción. Si alguno resulta insolvente, la responsabilidad la asumen los solventes y el que la pide" (art. 866).

2. *Los intereses legales desde que se produce la evicción.*

El transferente debe pagar a su adquirente el valor que tiene el bien al momento de la evicción con sus respectivos intereses legales devengados desde la evicción hasta el momento en que se ejecuta el pago.

3. *Los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlo con el mismo bien.*

Si el bien es fructífero, el pago de los frutos por el transferente solamente comprende los que se devengaron durante el tiempo que el adquirente poseyó de buena fe y únicamente si éste, en la resolución judicial o administrativa, es obligado a entregarlos con el bien al evicente.

Dos son los requisitos para que el adquirente tenga el derecho de pedirle al transferente, en virtud del saneamiento, los frutos devengados o su valor: a) que los haya percibido de buena fe; y b) que haya sido obligado a entregarlos con el mismo bien al evicente.

El adquirente poseedor de buena fe hace suyos los frutos devengados por el bien (art. 908), se trate de frutos naturales, industriales o civiles, pero si ha sido obligado a entregarlos al evicente, tiene derecho a que su transferente le compense por este concepto.

Es de buena fe el poseedor ilegítimo que, por ignorancia o error de hecho o de derecho, cree en la validez de su título (art. 906), o sea desconoce el derecho del tercero. Mientras las circunstancias no le permitan salir de su error o mientras no sea

citado en juicio, si la respectiva demanda resulta fundada, tiene derecho a hacer suyos los frutos[29].

En aplicación del art. 908, el adquirente que es despojado del bien por evicción tiene derecho a hacer suyos los frutos por todo el tiempo que poseyó de buena fe, sin embargo, conforme al art. 1494.3, si, no obstante su buena fe, ha sido obligado a entregar el bien con sus frutos al evicente, su transferente está obligado a compensarle dichos frutos o a pagarle su valor.

El caso en que el *adquirente de buena fe* podría ser condenado a entregar el bien con sus frutos al tercero evicente ocurriría cuando el *transferente ha actuado de mala fe*, pero ello significaría condenar a justos por pecadores, cuando lo justo es que en proceso de evicción no se condene al adquirente de buena fe a entregar los frutos, porque por ley los hace suyos, sino que se deje a salvo el derecho del *tercero evicente* para que los haga valer contra el *transferente de mala fe* y si éste ha salido a juicio, que se le condene directamente al pago de los frutos.

El adquirente que posee de mala fe, por haber adquirido el bien en propiedad, uso o posesión sabiendo que es ajeno o litigioso, está obligado a entregar los frutos percibidos al tercero eviccionante y, si no existen porque ya los ha consumido o enajenado, o porque, debido a su incuria o negligencia, no los percibió, deberá pagarlos de acuerdo al valor estimado al tiempo en que los percibió o debió percibirlos (art. 910). Conforme al *contrario sensu* del art. 195.3, el adquirente poseedor de mala fe no tiene derecho a que su transferente le sanee los frutos que fue obligado a entregarlos al tercero evicente.

4. *Las costas del juicio de evicción, en caso de haber sido obligado a pagarlas.*

El transferente también debe pagar a su adquirente las costas del juicio de evicción en caso de haber sido obligado a pagarlas, lo que sucede únicamente cuando la demanda de evicción promovida por el tercero es declarada fundada. Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial (peritos, depositarios, curador procesal, etc.) y

[29] Torres Vásquez, Aníbal, *Derechos reales*, t. I, Idemsa, Lima, 206, p. 381.

los demás gastos judiciales realizados en el proceso (art. 410 del CPC).

El adquirente vencedor en el proceso de evicción, cuando el tercero no es condenado a que le pague las costas, no tiene nada que reclamarle a su transferente por dicho concepto, pues la victoria del adquirente es la mejor prueba de que el enajenante en propiedad, uso o posesión le transfirió un derecho bueno.

Obviamente, el adquirente eviccionado del bien tiene derecho de solicitar, en la demanda de saneamiento que promueva contra el transferente, el pago de las costas que genere este proceso.

5. *Los tributos y gastos del contrato que hayan sido de cargo del adquirente*.

El transferente debe reintegrar los tributos y gastos que han sido de cargo del adquirente en la celebración del contrato; en consecuencia debe reembolsar los impuestos, gastos notariales, honorarios pagados al abogado para el estudio de los títulos del bien, derechos de inscripción en los registros públicos efectivamente pagados por el adquirente.

6. *Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evicente*.

Conforme al art. 916, las mejoras se clasifican en necesarias, útiles y de recreo. Las *necesarias* son las que se deben realizar con urgencia para evitar la destrucción o deterioro del bien. Las *útiles* son las que, sin tener el carácter de urgente de las necesarias, incrementan la utilidad, el valor y la renta del bien. Por ejemplo, las construcciones, dotar al bien de servicios de agua, luz, etc. Las de *recreo* son las que sirven para el ornato, lucimiento o mejor comodidad del bien.

En principio, al adquirente evicto se le debe resarcir, sea por el transferente, sea por el tercero evicente, todas las mejoras que ha realizado de buena fe en el bien adquirido. El adquirente de mala fe sólo tiene derecho a que se le pague el valor de las mejoras necesarias, pero no el valor de las mejoras útiles ni de las de recreo (último párrafo del art. 917).

Como el adquirente tiene derecho a que su transferente le pague el valor total que tiene el bien al momento de la evicción,

se justifica plenamente que el art. 1495.6, concordado con el art. 917, disponga que el adquirente eviccionado del bien tiene derecho a que su transferente le pague el valor actual de todas las mejoras, necesarias, útiles y de recreo, hechas de buena fe, que no hayan sido abonadas por el evicente. De este modo se indemniza al adquirente por el valor total que tiene el bien que pierde por razón de la evicción.

Antes de la devolución del bien al tercero evicente, el adquirente tiene derecho a retirar las mejoras de *recreo* que puedan separarse sin dañar el bien, salvo que aquél opte por pagar su valor actual (art. 917). El adquirente que no retira oportunamente las mejoras de recreo, si el evicente no le abona su valor, tiene derecho a que su transferente le indemnice por ellas.

El adquirente no tiene derecho al pago de las mejoras hechas después de notificado con la demanda del tercero eviccionante, salvo cuando se trata de las necesarias (art. 917).

7. *La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en dolo o culpa al celebrar el contrato*.

El transferente que en la celebración del contrato ha actuado con dolo, conociendo que el derecho que transfiere pertenece a un tercero, o con culpa inexcusable (negligencia grave) o leve (omite la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación), incurre en responsabilidad civil contractual, por lo debe resarcir los daños causados a su adquirente. *A contrario sensu*, si el transferente no ha actuado con dolo, culpa inexcusable o culpa leve, no queda sujeto a la indemnización de daños.

La obligación de saneamiento es distinta de la obligación por incumplimiento del contrato. Ésta genera una responsabilidad por inejecución de la prestación debida, mientras que aquélla origina una responsabilidad pstcontractual; el adquirente es despojado de su derecho cuando el contrato ya se ha cumplido, pero, aun así, la obligación de saneamiento se deriva directamente del contrato por disposición de la ley (art. 1484), en tal virtud la obligación de saneamiento es contractual. En este sentido, es de aplicación a la indemnización de daños, ocasionados tanto por incumplimiento

del contrato como por evicción del adquirente, los principios contendidos en el art. 1321.

Concordando el art. 1321 con el art. 1495.7, el transferente debe indemnizar los daños causados por el dolo o culpa con que actuó al celebrar el contrato; la culpa puede ser inexcusable o leve; si la culpa es leve el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que se celebro el contrato de transferencia; la indemnización comprende tanto el daño emergente y el lucro cesante (art. 1321) como el daño moral (art. 1322). En suma, el transferente que actuó con dolo o culpa inexcusable responde por los daños previsibles como por los imprevisibles, en cambio si procedió con culpa leve responde solamente por los daños previsibles.

Está obligado a indemnizar los daños sufridos por el adquirente no solamente el transferente de mala fe por haber actuado con dolo o culpa inexcusable al momento de celebrar el contrato de transferencia, sino también el transferente de buena fe, como es el que incurre en culpa leve por omitir la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1320).

Los antecedentes normativos del art. 1495 son: Código civil de 1852: Art. 1418. El comprador en virtud del saneamiento a que está obligado el vendedor, tiene derecho a demandarle: 1º. La restitución del precio; 2º. Los frutos si fue condenado a devolverlos con la cosa; 3º. Los gastos hechos en el juicio de saneamiento contra el vendedor, y los del juicio en que fue vencido; 4º. Los daños y costas del contrato. Código civil de 1936: Art. 1374. El adquirente en virtud del saneamiento a que está obligado el enajenante, tiene derecho a pedirle: 1º. La restitución del precio; 2º. Los frutos si fue condenado a devolverlos con la cosa; 3º. Las costas del juicio de saneamiento contra el enajenante y las del juicio en que fue vencido; 4º. Los impuestos y gastos del contrato. Art. 1377. El precio que el enajenante está obligado a sanear es el que tenga la cosa al tiempo de perderla el adquirente. Art. 1378. Las mejoras no abonadas por el reivindicante al que sufrió la evicción, le serán pagadas por el

enajenante. Art. 1379. El que con mala fe ha enajenado cosa ajena está obligado además a pagar al adquirente los daños y perjuicios.

6. Mejoras hechas por el transferente

> **Artículo 1496.-** *Si las mejoras son abonadas al adquirente, habiendo sido hechas por el transferente, su valor será considerado a cuenta de lo que tenga que pagar éste a aquél.*

Puede ocurrir que el bien se hallaba con mejoras en el momento de la adquisición, o, por acuerdo entre los contratantes, fueron hechas por el transferente con posterioridad a ese momento. Es natural que ellas se han tenido en cuenta al pactarse la transferencia, y si el contrato es oneroso han servido para fijar el valor de la contraprestación. Por tanto, si el tercero evicente indemniza al adquirente por esas mejoras, el valor de ellas corresponde al transferente. Por esta razón, conforme al art. 1496, si el valor de las mejoras, necesarias, útiles y de recreo, hechas por el transferente, ha sido abonado por el evicente al adquirente, éste debe aplicar su importe como pago a cuenta de lo que le debe su transferente por concepto de saneamiento[30]. De este modo se evita un enriquecimiento sin causa del adquirente y un empobrecimiento injustificado del transferente.

7. Exclusión de la obligación de saneamiento por evicción. Devolución de la contraprestación

> **Artículo 1497.-** *Cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce ésta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución. No es válida esta renuncia si el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable.*

[30] El art. 2124 del Código civil argentino dispone: "El vendedor tiene derecho a retener de lo que debe pagar, la suma que el comprador hubiere recibido del que lo ha vencido, por mejoras hechas por el vendedor antes de la venta, y la que hubiere obtenido por las destrucciones en la cosa comprada". Spota dice: "Si las mejoras las realizó el vendedor, entonces éste tiene derecho a descontar ("retener", afirma el art. 2124) del precio que debe reembolsarle al comprador lo que por ese concepto (las referidas "mejoras") obtuvo el adquirente del reivindicante, así lo que también hubiere obtenido, en el caso de que mediare destrucción de la cosa vendida, por indemnización del asegurador o de todo tercero, o del provecho que el comprador alcanzó de esa mejora que tenía la cosa al ser comprada, si no indemnizó el reivindicante como en el caso de uso excesivo de la cosa" (Spota, Alberto G., ob. cit., p. 220).

Siendo la obligación de saneamiento por evicción un elemento natural del contrato, o sea que no es de su esencia, las partes pueden aumentarla, reducirla o excluirla, puesto que se trata de una obligación que no afecta el orden púlbico.

Si la transferencia del bien en propiedad, uso o posesión, ha sido a título oneroso, mediante un contrato con prestaciones recíprocas, en el cual se ha suprimido la obligación de saneamiento por evicción (pacto de *non praestanda evictione*), una vez producida ésta, el transferente debe devolver la contraprestación que recibió, salvo que el adquirente haya renunciado expresamente a la devolución. Es nula la renuncia a la devolución de la contraprestación si el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable.

No es feliz la redacción del último párrafo del art. 1479 al establecer: "No es válida esta renuncia si el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable", porque podría interpretarse en el sentido que, cuando el transferente ha actuado con dolo o culpa inexcusable, es *nula* la renuncia a la "devolución de la contraprestación", pero que es válida la renuncia "a la obligación de saneamiento", lo que significaría liberar de la obligación de sanear al transferente sobre la base de su mala fe, o sea de su dolo o culpa inexcusable, lo que no está permitido por la norma inderogable por voluntad de los contratantes contenida en el art. 1328. El último párrafo del art. 1497 es una aplicación particular de la norma contenida en el art. 1328 que dispone que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor; consiguientemente, si el transferente, en la celebración del contrato, ha actuado con mala fe, es nula tanto la renuncia del adquirente al saneamiento como a la devolución de la contraprestación.

Los Mazeaud[31], comentando el Derecho francés, dicen que las convenciones que relevan de la garantía no producen efecto absoluto, no suprimen en todos los supuestos la repetición del comprador. La cláusula será absoluta, sin embargo, con dispensa para el vendedor hasta de la restitución del precio, cuando el

[31] Mazeaud, Henry, … ob. cit., p. 285.

comprador hubiere conocido el peligro de evicción o cuando hubiera "comprado por su cuenta o riesgo" (art. 1.629); la venta es un contrato aleatorio; "el comprador no ha comprado la cosa vendida, sino la esperanza de conservarla (*venditio spei*); el precio de esa esperanza sigue estando adquirido legítimamente por el vendedor, aunque la esperanza no se haya realizado; por existir cuando la conclusión del contrato y tener en ese momento un valor, en función del cual se ha fijado el precio".

La *supresión* de la obligación de saneamiento por evicción no libera al transferente de la obligación de devolver lo que recibió como contraprestación[32]. Para que el transferente se libere de la obligación de devolver la contraprestación que recibió es necesario que el adquirente renuncie al *saneamiento* por evicción y a la *devolución* de la contraprestación.

Que el adquirente renuncie al saneamiento significa que, si es despojado del bien, no tiene derecho a ser indemnizado con el pago del valor que éste tiene al momento de la evicción, los intereses, los frutos, las cotas del juicio de evicción, los tributos, las mejoras y los daños sufridos, pero ello no quiere decir que pierda el derecho a que se le restituya la contraprestación que pago, concepto distinto al valor del bien y, por tanto, extraño al saneamiento, a no ser que haya renunciado expresamente a dicha devolución.

El adquirente puede renunciar sólo al saneamiento por evicción o puede renunciar tanto al saneamiento como a la devolución de la contraprestación. Como hemos dicho antes, tanto la renuncia al saneamiento como la renuncia a la devolución de la contraprestación sólo son válidas si el transferente *no* ha actuado con dolo o culpa inexcusable. De esto se concluye que el adquirente tiene derecho a la devolución de la contraprestación cuando: 1) Sólo ha renunciado al saneamiento; 2) Ha renunciado al saneamiento y también a la devolución de la contraprestación, pero la renuncia se debe al dolo o culpa inexcusable del transferente.

[32] El art. 1497 excluye la indemnización por saneamiento, pero no elimina la devolución de la contraprestación que recibió el transferente (Arias Schreiber Pezet, Max, *Exegesis del Código civil peruano de 1984*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 305.

Cuando el adquirente ha renunciado al saneamiento más no a la devolución de la contraprestación, producida la evicción, el transferente carecería de causa para quedarse con la prestación, se produciría un enriquecimiento sin causa del transferente a expensas del adquirente. En los contratos con prestaciones recíprocas, la prestación y la contraprestación son interdependientes, la prestación es causa de la contraprestación y viceversa, si una de ellas se extingue la otra se queda sin causa para poder subsistir, por lo que también se extingue; si el adquirente, que ha renunciado al saneamiento, es eviccionado del bien adquirido (es despojado de la *prestación* recibida del transferente), por efecto del derecho de un tercero anterior a la adquisición, el transferente no tiene causa para quedarse con la *contraprestación* que recibió a cambio, por lo que debe devolverla.

La obligación de devolución de la contraprestación no es de *saneamiento* sino de *restitución*, por consiguiente, el transferente devuelve el bien o cantidad que recibió como contraprestación y no el valor que pueda tener en el momento que se produce la evicción o en el momento del pago.

Los *antecedentes normativos* del art. 1497: Código civil peruano de 1936, Art. 1373: Cuando el adquirente en el caso del artículo 1371 hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, debe el enajenante devolver el precio que recibió, a no ser que el adquirente hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias. Código civil español: Art. 1.477. Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias.

8. Notificación al transferente

Artículo 1498.- *Promovido juicio de evicción, queda el adquirente obligado a*

solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que ésta se notifique al transferente que él designe.

Promovido juicio de evicción contra el adquirente, éste está obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que se notifique con ésta a su transferente, o en caso de transferencias sucesivas que se notifique al transferente que él designe, no para obligarlo, sino para permitirle salir a juicio y defender el derecho que ha transferido[33]. Lo que se justifica por cuanto es el transferente quien puede tener los medios de defensa contra la demanda de evicción, y si no se le diera la oportunidad de ofrecerlos y actuarlos sería injusto hacerle sufrir las consecuencias de la evicción. No basta que el adquirente solicite que se notifique con la demanda al transferente, sino que es necesario que la notificación realmente se haya practicado.

El adquirente debe cuidar que la citación judicial al transferente se haga lo antes posible, a fin de que ése cuente con el tiempo suficiente para preparar la defensa y salir al proceso judicial.

El transferente notificado con la demanda de evicción tiene la facultad de salir o no a juicio. Si no comparece no corresponde que se le nombre curador procesal, ni que se le declare rebelde, pues la notificación con la demanda de evicción no importa traerlo a juicio como demandado, sino que tenga conocimiento de la acción instaurada contra el adquirente, de la cual puede surgir en su contra la obligación de sanear, quedando colocado así en situación de salir a juicio y defender el derecho transferido si es su voluntad.

No es obligación sino potestad del adquirente hacer notificar con la demanda de evicción al transferente; si no lo hace, por su propia decisión, pierde el derecho al saneamiento. Tampoco es obligación sino potestad del transferente, citado al juicio de

[33] La jurisprudencia argentina ha resuelto: "En la demanda por resarcimiento de daños y perjuicios emergentes de una supuesta violación de derechos de autor al realizarse por los demandados un film en base a cuentos originales del autor, los demandados pueden pedir que se cite de evicción a quien les cedió los derechos de autor y creyeron hijo único del autor, a fin de que si lo desea tome la debida intervención en el juicio, a los fines ulteriores del mismo" (Pizarro, Néstor A., *Evicción*, en Enciclopedia Jurídica Ameba, t. XI, Buenos Aires, 1981, p. 375).

evicción, salir en defensa del adquirente, si no lo hace sufrirá las consecuencias de la evicción si el tercero resulta triunfante en el proceso judicial que ha promovido.

Como dice Badenes[34], la obligación que tiene el comprador de notificar al vendedor la demanda de evicción (*litis denuntiatio*) se exige ya desde el Derecho romano (*venditor ab emptore denunciatum, ut eum evictionis nomine defenderte*) (Digesto, 49, 51) y constituye un caso especial del "llamamiento de terceros al pleito".

Para el Código de 1936 la obligación principal de garantía del transferente consistía en salir en defensa del adquirente en el proceso judicial promovido contra él por un tercero y continuar la defensa hasta la sentencia que cause ejecutoria. El art. 1375 disponía: "Promovido juicio contra el adquirente en los casos en que hay lugar al saneamiento, el enajenante está obligado a salir a la defensa y a continuarla hasta la sentencia que cause ejecutoria. Para los efectos de este artículo el adquirente está obligado a hacer citar al enajenante con la demanda entablada". Si el transferente no realizaba la defensa o si declaraba fundada la demanda del tercero, surgía la obligación subsidiaria consistente en devolver el precio, pagar los frutos, las costas del juicio de evicción y del saneamiento, los impuestos y gastos del contrato (art. 1374).

Para el Código vigente de 1984, antes de que el adquirente sea eviccionado del bien por razón del derecho de un tercero, el transferente no tiene ninguna obligación de saneamiento. De las perturbaciones que sufre el adquirente por las acciones judiciales o administrativas promovidas por terceros que alegan tener derechos sobre el bien transferido, el transferente no está obligado a defenderlo. El transferente no garantiza a su adquirente defender el bien transferido frente a las pretensiones de terceros. La obligación del transferente no es una de garantía, sino una de resarcir a su adquirente que ha sido eviccionado del bien por efecto de una sentencia o resolución judicial firme, pagándole el

[34] Badenes Gasset, Ramón, ob. cit., p. 635.

valor que tiene el bien en el momento de la evicción y por los demás conceptos previstos en el art. 1495.

Sin embargo, como los efectos de la evicción van a recaer en última instancia en el transferente, éste tiene derecho a conocer de la existencia del proceso de evicción, para que, si es de su interés, intervenga en el proceso defendiendo el derecho que ha transferido, es por esta razón que, conforme al art. 1498, una vez promovido juicio de evicción, el adquirente queda obligado a solicitar, dentro del plazo para contestar la demanda, que ésta se notifique a su transferente o, en caso de transferencias sucesivas, al transferente que el designe[35]. ¿Quién mejor que el transferente para defender la validez del derecho transferido?, en sus manos están todas las pruebas para demostrar que fue él, y no el tercero demandante, el titular del derecho que transfirió.

La carga del adquirente, demandado para la evicción, de llamar en causa al transferente para que pueda hacer valer sus derechos no puede terminar con la solicitud que formula para que se notifique con la demanda de evicción, sino que, por un deber de diligencia ordinaria, debe cuidar que el transferente sea real y efectivamente notificado dentro del plazo para la contestación de la demanda. Si el adquirente no cumple con solicitar y cuidar que notifique a su transferente con la demanda de evicción o lo hace fuera del término que hay para contestar la demanda y sale vencido, pierde el derecho al saneamiento.

9. Transferente como demandado

> **Artículo 1499.-** *Si el transferente sale a juicio ocupará el lugar del adquirente como demandado hasta la conclusión del juicio.*
>
> *Cuando el adquirente lo solicite puede coadyuvar en la defensa*[36].

[35] Código civil español: Art. 1.481. El vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción ha instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento. Código civil italiano, Art. 1485, primer párrafo: "*Llamada en causa del vendedor*. El comprador demandado por un tercero que pretende tener derecho sobre la cosa vendida, debe llamar en causa al vendedor. Cuando no lo haga y sea condenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pierde el derecho a la garantía, si el vendedor prueba que existían razones suficientes para hacer rechazar la demanda".

[36] Texto según Fe de Erratas del C.C. (24.07.84).

El transferente, notificado con la demanda de evicción, que sale a juicio sustituye totalmente al adquirente como parte demandada hasta la conclusión del juicio. El adquirente deja de ser demandado o codemandado, por lo que no puede ejercer las facultades que son propias de la parte procesal demandada como son, por ejemplo, las de ofrecer y actuar pruebas, interponer recursos impugnatorios, salvo que el transferente lo designe como su representante procesal.

Si el adquirente lo solicita puede coadyuvar en la defensa presentando escritos, alegaciones, fundamentando su derecho y el de su transferente.

10. Pérdida del derecho al saneamiento

Artículo 1500.- *El adquirente pierde el derecho a exigir el saneamiento:*

1. *Si no pidió y cuidó que se citara al transferente con la demanda del juicio de evicción.*
2. *Si se sometió la causa a arbitraje sin asentimiento del transferente y la perdió.*
3. *Si transigió el juicio sin anuencia del transferente.*
4. *Si al celebrar el contrato conocía que el bien era litigioso o ajeno.*
5. *Por caducidad, siendo el plazo de ésta de un año a partir de la fecha en que se produjo la evicción.*

Conforme al art. 1500, el adquirente pierde el derecho al saneamiento en los siguientes casos:

1. *Si no pidió y cuidó que se cite al transferente con la demanda del juicio de evicción.*

Promovido el juicio de evicción por un tercero, el transferente está facultado, no obligado, para defender el derecho de propiedad, uso o posesión transferido frente a la pretensión del tercero. Para que el transferente pueda ejercer el derecho de salir a juicio y defender el derecho transferido, es necesario que el adquirente demandado por evicción pida y cuide que se le cite con la demanda. Si el adquirente no pide y cuida que se cite a juicio al transferente, pierde el derecho al saneamiento por evicción.

Si el adquirente ha demandado al tercero que le está impidiendo ejercer su derecho de propiedad, uso o posesión y éste tercero contesta la demanda invocando un mejor derecho, el adquirente deberá pedir y cuidar que se notifique al transferente con esta contestación de la demanda.

Es el transferente quien se encuentra en mejor situación que el adquirente para defender el derecho transferido; nadie mejor que él sabe como adquirió el derecho que transmitió al adquirente. De otro lado, si la demanda de evicción es declarada fundada, el adquirente será eviccionado del bien, pero será el transferente el que asume las consecuencias de la evicción mediante el saneamiento al adquirente. Estas son las razones que justifican que se obligue al adquirente demandado por evicción para que pida y cuide que se notifique con la demanda de evicción al transferente, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa para evitar que el adquirente sea despojado del bien.

El adquirente está *obligado* a solicitar y cuidar que se notifique al transferente que el designe con la demanda de evicción (art. 1498). El transferente notificado con la demanda de evicción está *facultado*, no obligado, de salir al proceso judicial y defender el derecho transferido al adquirente hasta que se dicte sentencia firme (art. 1499).

Para que el transferente pueda ejercer la defensa del derecho transferido frente a la pretensión del tercero que alega ser el titular del derecho a la propiedad, uso o posesión bien transferdio, es necesario que el adquirente solicite y cuide que se le notifique con la demanda de evicción dentro del plazo para contestarla.

El adquirente que incumple con su obligación de solicitar y cuidar que se notifique al transferente con la demanda de evicción, pierde el derecho de exigir al transferente el saneamiento, o sea asume todas las consecuencias del proceso judicial de evicción, quedando el transferente eximido de la obligación de sanear.

2. *Si sometió la causa a arbitraje sin asentimiento del transferente y la perdió.*

Si el adquirente somete la controversia sobre evicción a arbitraje sin el asentimiento del transferente, está privando a éste de su derecho de defender el bien transferido frente a la pretensión del tercero evicente, razón por la que asume las consecuencias del proceso arbitral cuando el laudo le es adverso, quedando el transferente eximido de la obligación de saneamiento.

A *contrario sensu*, si el adquirente somete la causa a arbitraje con el asentimiento del transferente y la pierde, el transferente está obligado a sanear.

En principio, si el adquirente, en el proceso judicial o arbitral, no le da a su transferente la oportunidad de defender el derecho sobre el bien transferido frente a la pretensión del tercero evicente, asume todas las consecuencias del proceso y pierde el derecho al saneamiento. La sentencia judicial o el laudo arbitral no tienen efectos frente a quien no fue parte en el proceso ni fue citado para que comparezca en él. En conclusión, el transferente que no ha sido notificado con la demanda de evicción o que no ha prestado su asentimiento para que se someta la causa a arbitraje no ha tenido la oportunidad de ser parte en el proceso, judicial o arbitral, por lo que está eximido de la obligación de sanear, o sea los efectos de la evicción no le alcanzan.

3. *Si transigió el juicio sin anuencia del transferente*.

Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden un asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado (art. 1302). La transacción no tiene efectos contra quien no ha sido parte en ella. De esto se deriva que si el adquirente demandado transa con el tercero evicente, poniendo fin al proceso promovido por éste, sin la anuencia del transferente, pierde el derecho al saneamiento.

El adquirente no pierde el derecho al saneamiento cuando transige el juicio con la aceptación del transferente. Adquirente y transferente acordarán en qué términos se realizará la transacción y los alcances de la obligación de sanear del transferente.

En una interpretación extensiva del art. 1500.3 debe comprenderse el caso regulado por el art. 1486 del Código civil italiano que prescribe: "*Responsabilidad limitada del vendedor*. Si el comprador ha evitado la evicción de la cosa mediante el pago de una suma de dinero, el vendedor puede liberarse de todas las consecuencias de la garantía con el reembolso de la suma pagada, de los intereses y de todos los gastos". Barbero[37] comentado este dispositivo expresa que si el comprador evita la evicción pagando una suma, el vendedor puede rehusarse a reembolsarla, si no ha sido oído y no ha aprobado tal cosa, hasta tanto que el comprador no dé la prueba de la existencia de suficientes razones para el acogimiento de la demanda que el tercero haya promovido; pero puede también preferir reembolsarle espontáneamente la suma pagada con los intereses y las costas, liberándose de este modo de todas las consecuencias de la garantía.

Además, Barbero menciona el caso del comprador que, antes de sufrir la evicción, viene a ser propietario por donación, se admite que el vendedor le reembolse el precio y los gastos. Conforme a la solución de las fuentes: D. 19, 1, 13, 15 "*si fundum mihi alienum vendideris et hic es causa lucrativa meus factus sit, nihilominus ex empto mihi adversus te actio competit* (si me has vendido un fundo ajeno y éste ha sido hecho mío en virtud de causa lucrativa, sin embargo, me compete contra ti la acción de venta)".

4. *Si al celebrar el contrato conocía que el bien era litigioso o ajeno*.

El que adquiere un bien sabiendo que es litigioso o ajeno, celebra un contrato riesgoso, por lo que asume todas las consecuencias si es eviccionado, de lo que se deriva que pierde el derecho al saneamiento, sin importar la buena o mala fe del transferente.

En los términos del art. 1500.4, en todos los casos en que el adquirente actúa de mala fe pierde el derecho al saneamiento.

[37] Barbero, Domenico, ob. cit., p. 25.

El transferente de mala o de buena fe está obligado a sanear por evicción. Si transferente y adquirente actúan de buena fe, el primero está obligado a sanear. Si el transferente obra de mala fe y el adquirente actúa de buena fe, el primero debe sanear al segundo. Si el transferente obra de buena fe y el adquirente procede de mala fe, no hay obligación de sanear. Si el transferente y el adquirente obran de mala fe, no hay obligación de sanear.

En efecto, puede ocurrir que, en el momento de la celebración del contrato, el transferente no sabe que el bien es litigioso o ajeno, pero el adquirente si lo sabe, o puede ser que transferente y adquirente conocen que el bien es litigioso o ajeno. En ambas situaciones, el adquirente, por conocer que el bien es litigioso o ajeno, obra de mala fe, por lo que carece del derecho al saneamiento.

Como la buena fe se presume, el transferente, en el proceso de saneamiento, tendrá que demostrar que el adquirente, en el momento de la celebración del contrato, conocía que el bien era litigioso o ajeno.

La situación regulada por el art. 1497, según el cual las partes pueden pactar que el transferente no queda obligado al saneamiento, o sea el adquirente renuncia al saneamiento, es distinta de la disciplinada en el inc. 4 del art. 1500 que se refiere solamente al caso que el adquirente conoce que el bien que adquiere es litigioso o ajeno, por tanto, es consciente que se puede producir la evicción. En el caso del art. 1497, si el adquirente es eviccionado no tiene derecho al saneamiento, pero no tiene causa para quedarse con la contraprestación que recibió a cambio por lo que debe devolverla, salvo que también haya renunciado a ella; en cambio, en el caso del inc. 4 del art. 1500, si se produce el evicción, el adquirente por haber obrado de mala fe, pierde el derecho al saneamiento y a la devolución de la contraprestación que pago a su transferente[38]. A diferencia del art. 1497 que confiere al adquirente que renuncia al saneamiento, el derecho a

[38] Barandiarán es de opinión contraria al señalar que en ambos casos, en el de renuncia al saneamiento y en el de adquisición de bien que se sabe que es litigioso o ajeno, producida la evicción, cabe la restitución del precio (Barandiarán, José León, ob.cit., p. 236).

la devolución de la contraprestación, el inc. 4 del art. 1500 no le otorga tal derecho al que adquiere un bien sabiendo que es litigioso o ajeno.

5. *Por caducidad, siendo el plazo de ésta un año, a partir de la fecha en que se produjo la evicción*.

El adquirente tiene el plazo de caducidad de un año, contado desde la fecha en que fue eviccionado del bien adquirido, para reclamar el saneamiento a su transferente.

El antecedente normativo del art. 1500 es el art. 1376 del Código civil de 1936, el cual establecía: Art. 1376. El adquirente no puede exigir el saneamiento: 1º Si no pidió y cuido que se hiciera la citación de que habla el artículo anterior; 2º Si sometió la causa a arbitraje sin consentimiento del enajenante y la perdió en este juicio; 3º Si cuando adquirió la cosa sabía que era litigiosa o ajena y el enajenante lo ignoraba.

11. Evicción parcial

> **Artículo 1501.-** *En caso de evicción parcial, el adquirente tiene derecho a recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde. Sin embargo, puede optar por la resolución del contrato, si esa parte es de tal importancia con respecto al todo que la haga inútil para la finalidad de la adquisición.*

Si el adquirente es despojado de parte del bien adquirido o de sus partes integrantes o pertinencias o de uno de los bienes adquiridos conjuntamente, o debe reconocer derechos reales menores al adquirido a favor de terceros, o debe pagar el precio de una pared medianera, etc., como consecuencia de una resolución judicial o administrativa que reconoce el mejor derecho de un tercero, anterior a la adquisición, tiene derecho a que su transferente, o el anterior que haya elegido, le pague por concepto de saneamiento el valor de esa parte del bien que pierde. Pero si la parte de la cual es privado torna al bien en inútil para el fin para el cual fue adquirido, puede optar por la resolución del contrato.

Producida la evicción parcial, el art. 1501 concede al adquirente una opción: recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho se pierde o demandar la resolución del contrato. Si la parte del bien que no ha sido materia de la evicción continúa siendo útil para la finalidad de la adquisición, el adquirente tiene el derecho de pedir a su transferente que le pague el valor de la parte del bien que ha perdido. En cambio, si la parte del bien que no ha sido objeto de la evicción deviene en inútil como consecuencia de la perdida de la otra parte, el adquirente puede optar por la resolución del contrato.

La evicción parcial puede deberse a la pérdida de parte del bien o la pérdida de un derecho real menor, por ejemplo, el comprador pierde el derecho al pleno goce del bien por estar afectado con cargas o gravámenes no aparentes. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico civil no considera a las cargas y gravámenes no aparentes como un caso de saneamiento por evicción, sino de saneamiento por vicios ocultos (art. 1509), por lo que no es de aplicación el art. 1501 en comentario.

En resumen, si el bien resulta inútil para el fin de la adquisición como consecuencia de la evicción parcial, le asiste al adquirente la pretensión de resolución del contrato; en caso contrario, le atañe una indemnización proporcional a la parte del bien que pierde.

En cuanto al monto indemnizatorio, cuando el adquirente opta por recibir el valor de la parte del bien cuyo derecho pierde, debemos señalar que se trata de establecer el valor que tiene la parte del bien que se pierde en el momento de la evicción, porque solamente así puede ser resarcido el adquirente por el daño sufrido por efecto de la evicción parcial. Pero si el adquirente opta por la resolución del contrato, se debe tener en cuenta todos los efectos resarcitorios inherentes a la evicción total regulados en el art. 1495.

El antecedente normativo del art. 1501 es el art. 1380 del Código civil de 1936 que disponía: Art. 1380. El adquirente puede pedir la rescisión del contrato, en lugar del saneamiento, si sólo hubiese perdido una parte de la cosa, si esta parte es de tal

importancia con respecto al todo, que sin ella no la habría adquirido.

12. Evicción parcial en bienes interdependientes

> ***Artículo 1502.-*** *El adquirente puede ejercitar la facultad opcional del artículo 1501 cuando se le transfieren dos o más bienes interdependientes o en conjunto, si por razón de evicción pierde el derecho sobre alguno de ellos.*
>
> *El derecho a que se refiere el párrafo anterior rige aun cuando se haya señalado un valor individual a cada uno de los bienes transferidos.*

Cuando se transfieren dos o más bienes interdependientes, por ejemplo, una yunta de bueyes o un equipo de computación, o en conjunto, si el adquirente es eviccionado de uno de ellos tiene derecho de optar por la *resolución* del contrato, cuando el bien que pierde es de tal importancia con respecto al todo que lo haga inútil para la finalidad de la adquisición, o por *recibir el valor* del bien cuyo derecho pierde, cuando éste no inutiliza al todo.

El adquirente tiene el derecho de optar alternativamente por recibir el valor del bien del cual fue despojado o de resolver el contrato, aun cuando se haya señalado un valor individual a cada uno de los bienes transferidos.

Como no se puede dejar al libre arbitrio del adquirente el optar por la resolución del contrato, por mandato del art. 1501, al cual se remite el art. 1502, la resolución solamente procede cuando el bien que pierde es de tal importancia con respecto al todo que lo haga inútil para el fin para el cual fue adquirido.

Capítulo Tercero
SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

1. Obligación de saneamiento por vicios ocultos

Artículo 1503.- *El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia*.

1.1. Concepto

El transferente, independientemente de su buena o mala fe, está obligado al saneamiento por vicios ocultos[39], llamados también redhibitorios (del latin *redhibire*[40]: retomar; el transferente debe retomar la cosa viciada).

En su sentido lato, los vicios redhibitorios son los defectos, imperfecciones, anomalías, deterioros, averías, existentes en el bien al momento de la transferencia (art. 1503), no susceptibles de ser apreciados a simple vista por el adquirente actuando con diligencia de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias (art. 1504), que disminuyan su valor o que lo hagan inútil para la finalidad para la cual fue adquirido (art. 1485)[41].

Como dice Spota[42], el vicio redhibitorio es un defecto oculto de la cosa, o sea, que se opone al vicio aparente. El defecto de la cosa no es "oculto" si el adquirente lo conocía; o aun, si en razón de "su profesión u oficio" *debía conocerlo*; esto último porque la ley exige una buena fe-diligente, es decir, procediendo el contratante "con cuidado y previsión".

1.2. Extensión de la obligación

En el *ius civile* romano, "la responsabilidad del vendedor por defectos de calidad de la cosa, sólo aparecía en tres casos: cuando el vendedor había garantizado expresamente que la cosa estaba exenta de vicio (*dicta et primissa in vendendo*, pero no *in mancipando*); cuando había ocultado los defectos dolosamente y

---

[39] El saneamiento por vicios ocultos "funciona como una responsabilidad objetiva, ya que es aplicable aun en los supuestos de buena fe" (Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales, Parte general y especial*, t. 1, 3ra. edición, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 346).

[40] "*Redhibire*, en latín, significa "restituir, hacer que el vendedor vuelva a tener lo que tenía". *Redhibitorios* son, pues, vicios de la cosa vendida, de tal importancia que autorizan al comprador a deshacer la venta y devolver la cosa al vendedor" (Rezzónico, Luís María, ob. cit., p. 257)

[41] La Corte Suprema ha resuelto: La noción de vicio oculto está vinculada a la existencia de defectos en la cosa, no susceptibles de ser apreciados a simple vista en el momento de la transferencia, que no permiten que sea útil a su fin, y su existencia y determinación imponen la obligación de saneamiento (Cas. Nº 1735-97-La Libertad, en *El Código civil en su jurisprudencia*, Diálogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2007, p. 564).

[42] Spota, Alberto G., ob. cit. , p. 228.

cuando había asumido la obligación de garantía mediante *stipulatio*.

Fue en el Edicto de los Ediles, con jurisdicción sobre los mercados, donde se establecieron reglas relativas a la venta de los esclavos y de las bestias de carga, las cuales, después fueron refundidas en el libro XXI, título I del Digesto. Las acciones dirigidas a hacer valer esta garantía se llamaron, por esto, *acciones edilicias*, que después fueron aplicadas por la jurisprudencia a todas las ventas, de suerte que formaron no un *ius speciale*, sino un verdadero y propio Derecho común. Bastaba para el ejercicio de estas acciones que se tratase de vicios de la cosa desconocidos del comprador y ocultos, es decir, que no pudiera conocerlos fácilmente"[43].

A través de su evolución, la responsabilidad nacida del edicto de los *ediles curules* se con convirtió en una responsabilidad implícita en el contrato de compraventa, o sea brota como un efecto natural de su contenido y no porque es prometida expresamente, y, en el Derecho moderno, como el nuestro, se extiende a toda transferencia de la propiedad, uso o posesión de un bien.

Al igual que en el saneamiento por evicción, la obligación de saneamiento por vicios ocultos funciona tanto en los contratos onerosos como en el los gratuitos por los que transfiere la propiedad, uso o posesión de un bien.

1.3. Evolución legislativa

Su evolución en la codificación es la siguiente: el art. 1641 del Código francés que prescribe: "El vendedor está obligado a la garantía por razón de los defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina, o que disminuyan tanto su uso, que el comprador no la habría adquirido o no habría dado por ella sino un precio menor, si los hubiere conocido". En este dispositivo se inspiró el art. 2164 del Código civil argentino, el cual dispone: "Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para

[43] Badanes Gasset, Ramón, ob. Cit., p. 667.

su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que a haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella". Esta norma del derecho argentino fue la fuente del art. 1351 del derogado Código civil peruano de 1936, el mismo que establece: "El enajenante está obligado al saneamiento por los vicios ocultos de la cosa, cuya propiedad, uso o posesión trasmitió por título oneroso, existente al tiempo de la enajenación, que la hagan inútil para el uso a que se destina; o que disminuyan este uso de tal modo, que a saberlo, el adquirente no hubiera verificado la adquisición de la cosa o habría dado menos por ella". El párrafo primero del art. 1490 del Código civil italiano señala: "El vendedor esta obligado a garantizar que la cosa vendida esté inmune de vicios que la hagan inidónea para el uso a que esta destinada o que disminuyan en modo apreciable su valor. El pacto por el cual se excluye o se limita la garantía no tiene efecto si el vendedor ha ocultado de la mala fe al comprador los vicios de la cosa". El art. 1503 del vigente Código de 1984, que comentamos, tiene como antecedentes normativos al art. 1351 del Código de 1936 y al primer párrafo del art. 1490 del Código italiano.

El Código italiano se refiere a la garantía por los vicios ocultos de la cosa vendida. El Código peruano de 1936 extendió la obligación de sanear a toda transferencia de la propiedad, uso o posesión de un bien a título oneroso. El art. 1503 del Código vigente, a diferencia de sus antecedentes normativos, hace extensiva la obligación de sanear por vicios ocultos a toda transferencia de la propiedad, uso o posesión, sea a título oneroso o a título gratuito.

Lo que algunas legislaciones denominan *garantía por vicios ocultos*, no es otra cosa en sustancia que una *obligación de sanear* del que transfiere un bien en propiedad, uso o posesión, en todo caso, es una *responsabilidad* que tiene un germen patógeno en la negociación misma y está en el hecho de que el bien objeto de la negociación tiene algún defecto o anormalidad interna, o sea es una responsabilidad diferente de la responsabilidad por incumpliendo. Resulta impropio hablar de garantía, donde no hay garantía real ni personal ni tampoco garantía patrimonial genérica,

de ahí que es correcta la expresión *obligación de saneamiento por vicios ocultos* que utiliza nuestra legislación, obligación que existe en todo contrato de transferencia de la propiedad, uso o posesión de bien, aunque no haya sido estipulada. Se trata de una obligación que por disposición de la ley está en la naturaleza misma del contrato sin constituir un elemento esencial, por lo que, mediante pacto, puede ser incrementada, disminuida o suprimida.

1.4. Fundamento

El *fundamento* de la obligación de saneamiento por vicios ocultos a cargo del transferente radica en la necesidad, por una razón de moral, de buena fe, de probidad y de equidad[44], de responder ante el adquirente por los perjuicios que sufre al no poder destinar el bien a la finalidad para la cual lo adquirió o por la disminución considerable de su valor para el fin de la adquisición como consecuencia de los defectos de los que adolece, y que fueron ignorados por el adquirente en el momento de la adquisición.

En pocas palabras, el saneamiento por vicios ocultos tiene como fundamento la obligación del transferente de responder por los defectos ocultos del bien que no permiten que el adquirente lo pueda destinar a la finalidad para la cual lo adquirió; no tiene el carácter de obligación de garantía.

1.5. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, al igual que el saneamiento por evicción, el saneamiento por vicios ocultos es un elemento natural de todo contrato, oneroso o gratuito, por el que se transfiere la propiedad, uso o posesión de bien, pero no es de la esencia del contrato por lo que la obligación puede ser incrementada, disminuida o suprimida.

1.6. Prueba

La prueba de que el vicio era oculto, que existía con anterioridad a la adquisición, que ha hecho inútil al bien para la finalidad de la adquisición o que ha disminuido su valor y, en su caso, la mala fe del transferente, corresponde al adquirente.

---

[44] Rezzónico, Luís María, ob. cit., p. 258.

1.7. Requisitos

Para que los vicios ocultos del bien generen la obligación de saneamiento se requiere: 1) que sean ocultos; 2) que sean anteriores o concomitantes a la transferencia; 3) que la transferencia del bien sea en propiedad, uso o posesión; y 4) que los vicios no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor para los efectos de dicha finalidad[45].

Analicemos a continuación cada uno de estos requisitos:

1) *Que sean ocultos*.

El adquirente obtiene el bien con sus cualidades y defectos que son posibles de conocer en el momento de la adquisición. Como dice Barandiarán[46], por los defectos "que conocía o debía conocer, no puede reclamar. Siendo manifiestos, él los conoció o debió conocerlos, y al adquirir la cosa es evidente que la adquirió teniendo en cuenta dichos vicios". Sólo hay la obligación de sanear por los vicios de los que adolece el bien, que no son conocidos o que no pueden ser conocidos por el adquirente, observando una normal diligencia en la verificación, que impidan la realización del fin a que está destinado o que disminuyan su valor.

Conforme al art. 1491 del Código italiano, no se debe la garantía del saneamiento por los vicios ocultos de la cosa vendida "si en el momento del contrato el comprador conocía los vicios de la cosa; igualmente no se debe si los vicios eran fácilmente recognoscibles salvo, en este caso, que el vendedor haya declarado que la cosa estaba exenta de vicios".

---

[45] La Corte Suprema ha resuelto: El artículo 1503 del Código civil establece que el transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes en el momento de la transferencia. Presentándose vicios ocultos cuando el bien cuya propiedad, posesión o uso que se transfiere tiene defectos, o imperfecciones, que no se revelan por su examen y que afectan su utilización por el adquirente. Así, dicho vicio debe ser: a) oculto; b) importante; y c) anterior o contemporáneo a la transferencia (Cas. Nº 1284-2006-Lima, en *Código civil en su jurisprudencia*, Diálogo con la jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.a., Lima, 2007, p. 564)

[46] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 170.

Están excluidos del saneamiento los vicios manifiestos, los que están a la vista del adquirente, los que siendo ocultos pueden ser conocidos actuando con diligencia exigible de acuerdo a las circunstancias o a la aptitud pericial del adquirente por su profesión, arte u oficio[47]. Son ocultos, por ejemplo, los vicios de construcción de una casa por el uso de materiales no apropiados, los defectos ocultos de una máquina apreciables solamente en el curso de su normal funcionamiento, la pérdida de la facultad de germinar de las semillas, las vacunas que no cuentan con los suficientes virus inmunizadores, la carne enlatada que presenta signos de descomposición.

La Corte Suprema ha resuelto: Para establecer si un hecho constituye o no vicio oculto en relación a un bien transferido, debe tenerse en consideración si el adquirente tenía conocimiento previo del mismo y si aquel podía haber conocido tal hecho en ejercicio de la mínima exigencia exigible. Lo cual deberá ser valorado tomando en cuenta además la finalidad de la adquisición del bien, y hasta que punto dicha finalidad, establecida en el contrato o presumida de acuerdo al art. 1486 del Código civil, determinaba el valor del transferente de informar al adquirente sobre la existencia del supuesto vicio[48].

Para que surja la obligación de *sanear por evicción* es necesario que el adquirente sea efectivamente privado del bien al ser vencido en un proceso judicial o administrativo, en cambio, la obligación de *sanear por vicios ocultos* nace inmediatamente que el adquirente recibe el bien.

2) *Que sean anteriores o concomitantes a la transferencia*.

Los vicios ocultos que dan lugar al saneamiento son los existentes con anterioridad o simultáneamente con la transferencia de la propiedad, uso o posesión del bien, puesto que el

[47] El art. 1.484 del Código civil español dispone: "El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso al que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos".

[48] Cas. Nº1417-97-Lima, en El Código civil en su jurisprudencia, ob. cit., p. 564.

transferente está obligado a transferir un bien que se encuentre libre de vicios que afecten la finalidad para la cual es adquirido.

El transferente no está obligado a sanear por los vicios que se presenten con posterioridad, salvo que su origen se deba a una causa existente con anterioridad a la transferencia. Por ejemplo, después de la adquisición de una casa se manifiesta el peligro de ruina o destrucción por vicios de construcción. Sin embargo, si el adquirente conoció o debió conocer, actuando diligentemente, la existencia de vicios en germen, latentes en el momento de la transferencia, el transferente queda libre de la obligación de sanear.

Cuando se trata de la transferencia del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, con la sola celebración del contrato de transferencia el adquirente se convierte en propietario, aun cuando no se le haya entregado el bien; el contrato es atributo de la propiedad (art. 949); en cambio, tratándose de bienes muebles la transferencia de la propiedad se produce con la tradición del bien a su acreedor (art. 947). En cualquiera de los dos casos, siendo que el adquirente está en disposición de conocer si el bien tiene o no vicios recién cuando se le entrega, hubiese sido conveniente que el art. 1491 en vez de referirse al momento *anterior a la transferencia*, se refiera al momento *anterior a la tradición*, sea el bien mueble o inmueble; comprendiéndose en la tradición física (art. 901) como la espiritualizada (art. 902) [49].

Es lógico que el adquirente que no examina el bien diligentemente de acuerdo a sus aptitudes personales y como consecuencia de ello no advierte la existencia de vicios ocultos que han surgido o se encontraban latentes en el momento de la transferencia, pierda el derecho al saneamiento; su propia negligencia le es imputable solamente a él, por lo que debe asumir sus consecuencias.

[49] "Todo vicio que sobrevenga después no es vicio que pueda afectar al vendedor, salvo que ese vicio haga eclosión luego de la tradición, pero reconociendo su causa adecuada en una etapa anterior o coetánea a la tradición de la cosa, o sea, a la etapa de cumplimiento de la celebración del contrato de compraventa, y siempre que el adquirente pruebe ello. Sobre ese adquirente recae el cargo de la prueba de que el vicio ya existía al entregarse la cosa. Así, si se compra un caballo y la tuberculosis de éste aparece con posterioridad al contrato de compraventa, pero ya el morbo lo tenía antes de que existiera el contrato de compraventa. De ahí que en ese ejemplo se cumple el requisito de que el vicio existía en la época de la tradición aunque se puso de resalto posteriormente (Spota, Alberto G., ob. cit., p. 130).

El momento de la transferencia del bien puede coincidir o no con el de la celebración del contrato. Estos momentos coinciden en la enajenación de inmubles (art. 949), pero no en la de muebles, cuya transferencia de la propiedad se produce con la *traditio* (art. 947) que se efectúa en ejecución del contrato. Por supuesto que en ambos casos vale la disposición legal en contrario o el pacto en contrario. La Corte Suprema ha resuelto: Si luego de realizada la entrega del bien, el adquirente detecta defectos en el mismo que no permiten darle el uso para el cual estaba destinado, no será procedente el saneamiento por vicios ocultos si no se llega a probar la existencia de estos al momento de la celebración del contrato, siendo de aplicación la norma del art. 1504 del Código civil que establece que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente puede conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias[50]. No es como se afirma en esta resolución suprema que los vicios deben existir en el momento de la celebración del contrato, sino en el momento de la transferencia del bien.

La determinación del momento de la transferencia tiene vital importancia para la determinación del plazo de caducidad de la acción *redhibitoria* y de la *quanti minoris*. Es necesario precisar que la propiedad, uso o posesión de un bien mueble se transfiere con la *traditio* al adquirente o a la persona designada por él o por la ley (arts. 900, 901 y 947). La entrega del bien también se considera realizada cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo (*traditio brevi manu*) o cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero (*constitutum possessorium*), caso en que la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito (art. 902). La *traditio* de los artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales se efectúa con la entrega de los documentos destinados a recogerlos (art. 903).

Desde el momento de la entrega del bien mueble, el adquirente está en aptitud de conocer por sí mismo si adolece o no de vicios ocultos o si le faltan las cualidades ofrecidas por el

[50] Cas. Nº 1167-2000-Lima, en *El Código civil en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 565.

transferente. Éste está obligado a sanear por los vicios que tiene el bien antes de su entrega al adquirente o en el momento mismo de la entrega. Los vicios que surjan con posterioridad a la *tradio* afectan al bien mueble que pertenece al adquirente, sin ninguna responsabilidad para el transferente.

Tratándose de la transferencia de propiedad de bien inmueble determinado, la sola obligación de enajenarlo hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (art. 949). Luego conforme a nuestro Derecho positivo, salvo pacto en contrario o disposición legal diferente, para que los vicios ocultos que afectan a un bien inmueble den lugar al saneamiento deben existir en el momento del perfeccionamiento del contrato, si es consensual por el simple acuerdo de las partes y si es formal solemne con el cumplimiento de la solemnidad, aun cuando el inmueble no haya sido entregado al adquirente; los vicios que surgen después de ese momento afectan a un inmueble que le pertenece al adquirente, por lo que no existe responsabilidad alguna para el transferente.

3) *Que la transferencia del bien sea en propiedad, uso o posesión*.

En cuanto al tercer requisito, la transferencia del bien puede ser no sólo en propiedad, sino también en uso o posesión. A diferencia del Código de 1936 en el que el saneamiento por vicios ocultos tenía lugar en la transmisión a título oneroso[51], en el Código vigente, la obligación de sanear existe tanto en las transferencias a título oneroso como en las a título gratuito.

4) *Que los vicios no permitan destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor*.

El vicio no puede ser cualquier imperfección insignificante, de poca monta, sino un vicio importante o grave que afecte al bien disminuyendo su valor o haciéndolo inútil para la finalidad para la cual fue adquirido (art. 1485). Es decir, no cualquier vicio genera

[51] Código de 1936, art. 1351. El enajenante está obligado al saneamiento para aquellos vicios ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o posesión se trasmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la enajenación, que la hagan inútil para el uso a que se destina, o que disminuyan este uso de tal modo que ha saberlo el adquirente no hubiera verificado la adquisición, o habría dado menos por ella.

la obligación de sanear, sino solamente los que revisten cierta gravedad, la cual es regulada desde dos perspectivas: 1) que los vicios no permitan destinar el bien a la finalidad señalada en el contrato o, a falta de ésta, al destino, que según la apreciación general, se da normalmente a los bienes semejantes; o 2) que deprecien el valor del bien[52].

El art. 1351 del Código civil de 1936 establecía que los vicios que dan lugar a la obligación de saneamiento son los que hacen inútil la cosa para los fines a que se destina o que disminuyan de tal modo este uso que, a saberlo el adquirente no hubiera hecho la adquisición o habría pagado de menos. Es decir, la gravedad del vicio debía apreciarse teniendo en cuenta dos requisitos: 1) que vicio haga inútil la cosa para el uso a que se destina; y 2) que el vicio haya sido determinante de la voluntad del adquirente que, de haberlo conocido, no habría efectuado la adquisición o habría pagado de menos. Este segundo requisito, por ser excesivamente subjetivo, por ser casi imposible determinar cuál habría sido la voluntad del adquirente de haber conocido la existencia del vicio, ha sido eliminado del art. 1485 del Código civil vigente, según el cual, el vicio es grave o importante cuando no permite destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuya su valor.

Para que opere la obligación de sanear no se requiere que el defecto sea perpetuo o insubsanable, sólo se exige que haga al bien inútil o que disminuya su utilidad. Tampoco se exige que el bien sea inútil para toda finalidad a la que pueda destinarse, sino únicamente a aquélla para el cual fue adquirido, aun cuando pueda destinarse a otra finalidad.

Los vicios que no revisten cierta gravedad como para disminuir el valor del bien, perjudicando por ejemplo su comercialidad, o hacerlo inútil para el fin de la adquisición no generan la obligación de sanear, salvo que expresamente se haya ampliado la obligación de sanear por la existencia de vicios que

[52] El art. 1490 del Código italiano dispone: "*Garantía por los vicios de la cosa vendida*. El vendedor está obligado a garantizar que la cosa vendida esté inmune de vicios que la hagan inidónea para el uso a que está destinada o que disminuyan en modo apreciable su valor".

no son graves, como sería, v. gra., los defectos que disminuyan simplemente el aspecto agradable del bien. Tampoco generan la obligación de sanear los vicios fácilmente reparables, salvo que el transferente se niegue a ello, en cuyo saco debe proceder solamente la acción estimatoria, pues no sería razonable ir a la resolución del contrato por la presencia de un vicio que no inutiliza el bien o que no origina una importante disminución de su valor.

1.8. Diferencia entre vicio redhibitorio, sobrevenida imposibilidad de la prestación y error esencial

La obligación de saneamiento por vicios ocultos es distinta de la sobrevenida imposibilidad de la prestación. Aquella se debe por un vicio existente en el momento de la transferencia de un bien, mientras que ésta se produce por un sobreviniente caso fortuito o fuerza mayor o por un hecho imputable a una de las partes. En razón del saneamiento, el adquirente puede optar, alternativamente, por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos o por la resolución del contrato, en cambio, la sobrevenida imposibilidad de la prestación produce la resolución automática del contrato. La sobrevenida imposibilidad de la prestación da lugar a la resolución del contrato en aplicación de la teoría del riesgo, en cambio, los vicios redhibitorios generan la obligación de sanear al adquirente por no poder destinar el bien a la finalidad de la adquisición.

Tampoco se puede confundir la obligación de saneamiento por vicio oculto con el error como vicio de la voluntad[53]. El error debe recaer en la materia con la cual está formado el bien (oro, plata, terciopelo, seda, etc.), o en una cualidad esencial que se considere determinante de la voluntad del agente, por ejemplo se

[53] La Corte Suprema ha resuelto: Las normas contractuales vigentes ya contemplan soluciones al problema de la asimetría informativa entre las partes, motivo por el cual la necesidad de un sistema especial de protección administrativa se torna en innecesaria. Figuras como el error, el dolo o el saneamiento por vicios ocultos podrían ser utilizados por quien se hubiese visto afectado por un problema de información asimétrica entre las partes. Sin embargo, la existencia de un régimen diferente se justifica entre otros motivos, de un lado, por las características especiales que en muchos casos presenta la falta de información en las formas de contratación masiva, en especial por el poco margen que este tipo de contratación deja a la negociación como medio para obtener y utilizar la información disponible; y de otro lado, por los problemas que presenta la jurisdicción civil ordinaria para enfrentar estos problemas, que suelen tener cuantías reducidas y requieren de acciones que corrijan practicas reiteradas y no solo casos particulares (Cas. Nº 101-96-TDC, en *El Código civil en su jurisprudencia* ob. cit., p. 564).

adquiere un anillo en el convenciendo que es de oro, pero resulta que es de cobre bañado en oro. Aquí no se puede hablar de vicio oculto y la consiguiente acción redhibitoria o estimatoria, porque el hecho de que el anillo sea de cobre cubierto con oro no inutiliza ni disminuye la utilidad del objeto, el cual no deja de brillar como oro, sino lo que procede es la acción de anulabilidad del contrato por error esencial.

Para que el error vicie la voluntad se requiere que sea esencial y conocible (arts. 202.1 y 203). Nada de esto es menester en la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios. El error atañe a la sustancia del bien y da lugar a la acción de anulabilidad, en cambio, los vicios redhibitorios no permiten utilizar el bien en la finalidad de la adquisición y dan lugar a la acción redhibitorio o a la acción estimatoria. Por ejemplo, una cosa es tomar un reloj de cobre por uno de oro (error en la sustancia), y otra que el reloj no de exactamente la ora (vicio oculto); no es lo mismo tomar una cantidad de harina de cebada como si fuera de trigo (error en la sustancia) que tomar una cantidad de harina agorgojada (vicio redhibitorio). Sin embargo habrán casos límite en los que no es posible distinguir entre error en la sustancia y vicios redhibitorios, como sucede cuando la sustancia es necesaria para que el bien pueda ser destinado a la finalidad de la adquisición[54].

Para que exista la obligación de sanear, la disminución del valor del bien o su inutilidad ha de deberse a la presencia de un defecto oculto que puede o no ser conocido por el transferente y es desconocido por el adquirente. El error da lugar a la anulabilidad del acto jurídico, en tanto que el adquirente de un bien viciado puede, por razón del saneamiento por vicios ocultos, solicitar la resolución del contrato o que se le pague lo que el bien vale de menos por razón del defecto de que adolece.

[54] La jurisprudencia española –refiere Valpuesta- acepta la compatibilidad la compatibilidad entre las acciones redhibitoria y estimatoria "y las que brotan de la disciplina del error, el dolo, el incumplimiento de las obligaciones y el resarcimiento de daños y perjuicios, casi siempre por el deseo de acoger pretensiones deducidas pasado el breve plazo de las acciones edilicias; de modo que éstas vienen a resultar un mecanismo que conserva utilidad precisamente por la ausencia de apreciaciones sobre la culpa (o las causas de exoneración de ésta), al contrario que en los restantes mecanismos". Sea correcto tal proceder o no lo sea, parece consolidado (Valpuesta Fernández, Ma. R., *Derecho civil, obligaciones y contratos*, tirant lo blllanch, Valencia, 1998, p. 613).

Para que haya obligación de sanear por vicios ocultos existentes al momento de la transferencia, no es necesario que exista error esencial sobre la materia o cualidades del bien, ni que exista buena o mala fe del transferente, basta que el vicio de importancia se presente objetivamente. El transferente debe sanear por los vicios redhibitorios del bien transferido, aunque los ignore. La mala fe del transferente, por actuar con dolo o culpa, sólo genera una obligación adicional, la de indemnizar los daños ocasionados (art. 1512.5).

2. Vicios conocibles

> **Artículo 1504.-** *No se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias*.

No son vicios ocultos los que el adquirente puede conocer examinando el bien con la diligencia exigible. La *diligencia exigible* puede ser apreciada con un *criterio objetivo,* según el cual se considera vicio el que cualquier persona puede detectarlo actuando con la normal diligencia y prudencia que comúnmente exigen los negocios; o con un *criterio subjetivo*, o sea tomando en consideración las aptitudes personales del adquirente, de suerte que un mismo defecto puede ser oculto para una persona y para otra no. El Código civil en su art. 1504 ha optado por el criterio subjetivo al considerar que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente puede conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal.

No se consideran vicios ocultos los que el adquirente conoce y los que ha podido conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal, examinando directamente el bien o asesorándose por expertos si las circunstancias exigen una diligencia especial, por ejemplo, por lo complejo o sofisticado del bien. La exigencia de una asesoría por expertos cuando las circunstancias lo requieren es una manifestación de la diligencia del adquirente, pero tal exigencia no puede llevarse a extremos que obstaculicen la concertación normal en los negocios. Si entro en un establecimiento comercial y compro un celular, una

computadora, un automóvil cero kilómetros, sin tener ningún conocimiento técnico sobre estos bienes, no se me podrá decir que no tengo derecho al saneamiento por los vicios ocultos que presenten por no haberlos examinado con un experto; hay que considerar, además, que los usos y costumbres del mercado no lo exigen. En todo caso, como nuestro ordenamiento jurídico no lo exige, el asesoramiento por expertos no debe entenderse como una obligación sino como un derecho del adquirente, salvo casos excepcionales fuera de lo común, debidos a especiales circunstancias. Si los vicios han podido ser conocidos por el adquirente por si mismo o asesorado por expertos, no se consideran ocultos sino ostensibles, reputándose que quiso la adquisición del bien con sus defectos, por lo que no puede pretender después que se le sanee por dicho concepto.

El adquirente no puede reclamar saneamiento por la existencia de vicios que conocía o que pudo conocer o prever en el momento en que hizo la adquisición, actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias. Al respecto, la Corte Suprema ha resuelto: "La existencia de un gravamen hipotecario no puede considerarse como una hipótesis de vicio oculto, puesto que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente ha podido conocer por sí mismo"[55]. Esto es así debido a que para que la hipoteca sea válida debe estar inscrita en el registro de la propiedad inmueble (art. 1099.3), y se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (art. 2012), por lo que todo el que adquiere un inmueble bajo la fe del registro puede verificar personalmente si está o no gravado con hipoteca. Distinto será el caso por el que el transferente manifieste que el inmueble está libre de gravamen hipotecario y el adquirente obtenga del registro una copia literal de dominio o un certificado de gravámenes de los que conste que el bien no está hipotecado cuando en realidad si lo está, situación en la que el transferente debe sanear por vicios ocultos, puesto que el adquirente no ha estado en la posibilidad de conocer el gravamen

[55] Exp. 2675-87- Huanuco, en El Código civil en su jurisprudencia, ob. cit., p. 565.

oculto no obstante la diligencia con que ha actuado, como es la verificación que hizo en el registro solicitando y obteniendo los aludidos certificados.

La diligencia exigible al adquirente, por el art. 1504, no se refiere a un estándar determinado, sino a la que resulte de la aptitud propia de cada adquirente y de las diversas circunstancias en que se hace la adquisición. "No puede darse el mismo trato, al caso de que un mecánico que puede detectar un vicio que no está a la vista en el motor de un automóvil, al de quien no tiene la noción de cómo se maneja el vehículo. En el primer evento, el vicio será visible y no habrá responsabilidad para el transferente, en tanto que en el segundo tendrá los caracteres del vicio oculto y estará obligado al saneamiento"[56]. No es lo mismo una observación atenta del bien por un adquirente sano de la vista que la efectuada por un miope, o la realizada por una persona con conocimientos técnicos en cuanto al bien y una persona carente de esos conocimientos. Estas circunstancias personales se tendrán en cuenta para determinar si el vicio es o no oculto.

En cada caso concreto se determinará si el adquirente, de acuerdo a sus aptitudes personales y demás circunstancias, ha obrado diligentemente en la verificación de la existencia de vicios de trascendencia que disminuyan o hagan inútil el bien para destinarlo a la finalidad para la cual es adquirido, haciéndose asesorar, si es necesario, por peritos. Por ejemplo, si compro un automóvil nuevo, cero kilómetros, que en el momento de la adquisición, de una atenta observación, no se evidencia vicio alguno, funciona perfectamente, pero luego de recorrer unos kilómetros sube la temperatura en el interior del vehículo a 38 o más grados, descubriéndose que ello se debe a una mala disposición de los elementos que integran el motor, o sea presenta un defecto de origen, no se me podrá decir que no tengo derecho al saneamiento por vicios redhibitorios por no haberme hecho asesor en la adquisición por un ingeniero mecánico. En cambio, si compro una gran máquina perforadora de túneles de última generación, es razonable, que no siendo un conocedor de estos bienes, me haga asesorar con un especialista.

[56] Arías Schreiber Pezet, Max, ob. cit., p. 311.

El *antecedente normativo* del art. 1504 es el art. 1353 del Código civil derogado de 1936, que señalaba: “No se consideran vicios ocultos, los que el adquirente ha podido conocer por sí mismo”. Esta norma prácticamente repetía el texto del art. 1430 del Código civil de 1852 que disponía: “No se consideran vicios ocultos, los que el comprador ha podido conocer por sí mismo”.

3. Falta de cualidades prometidas

> **Artículo 1505.-** *Hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.*

Una cosa son las *cualidades normales* u *ordinarias* con las cuales se identifican al bien, objeto del contrato, como caballo negro o blanco, automóvil de dos o de cuatro puertas, como computadora, casa, lana, algodón, aspirina, trigo, carne, etc.; si el transferente entrega una cosa por otra (*aliud pro alio*), el adquirente puede, a su elección, demandar el cumplimiento o la resolución del contrato (art. 1428).

Otra cosa son las *cualidades anormalidades* o *vicios ocultos* que hacen inútil al bien para el fin para el cual está destinado o que disminuyen su valor, como que el caballo está enfermo, que el automóvil funciona mal, que la casa ha sido construida con materiales que no resistirán por mucho tiempo, la carne está descompuesta, etc.

Y otra cosa son las *cualidades prometidas* por el transferente, como que el motor consume poca gasolina, que la píldora X cura un determinado cáncer avanzado, que la casa está construida para soportar un sismo de hasta ocho grados en la escala de Ritcher, etc.

La presencia en el bien de vicios ocultos o la falta de las cualidades prometidas confieren al adquirente la acción resolutoria, llamada también *redhibitoria* y la acción estimatoria (*aestimatoria*), denominada también *actio quanti minoris*, de las cuales puede hacer uso a su elección.

La ley equipara a la falta de cualidades prometidas a los vicios ocultos. Es decir, hay la obligación de sanear por la presencia en el bien de vicios ocultos o por la falta de cualidades prometidas por el transferente, y que el adquirente no ha podido detectarlas en el momento de la adquisición, siempre que esos vicios o falta de cualidades impidan que el bien realice el fin a que está destinado.

Es obvio que el bien trasferido debe reunir las *cualidades* objetivamente esenciales que sirven para identificarlo en su género o en su especie. La pertinencia del bien a un género o especie diverso no constituye vicio oculto ni cualidad diversa de la convenida. Por ejemplo: una camioneta es de género distinto a un camión; una computadora pentium 5 es de especie diversa de una pentium 4; un automóvil automático es distinto de otro mecánico; el caballo blanco es una especie diferente al caballo negro; el vino tacama es una especie distinta al vino borgoña; el tejido de lana de vicuña no es de la misma especie que el tejido de lana de alpaca; el caballo de carrera es de especie diferente al de carrera; el vino es de genero distinto al pisco. Cada género o especie de estos bienes tiene sus propias cualidades que lo diferencian de los otros. Si se entrega un camión en vez de una camioneta, una computadora pentium 4 por una pentium 5, un caballo negro en vez de un caballo blanco, vino borgoña por tacama, un caballo de carga cuando lo que se debe es un caballo de carrera, pisco en vez de vino, no significa entregar un bien que adolece de vicios ocultos, sino significa incumplir el contrato. Si el transferente pretende entregar o entrega un bien con cualidades esenciales, ordinarias, distintas del género o especie convenidos, está incumpliendo el contrato. Se trata simplemente que el transferente no ha entregado el bien convenido, ha dado *aliud pro alio* (una cosa por otra), por lo que el adquirente tiene la *acción contractual* (personal) para optar por solicitar que en cumplimiento del contrato se le entregue el bien convenido, o por la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños (art. 1428). Aquí no se puede hablar de *vicios redhibitorios* que constituyan el presupuesto de la *acción redhibitoria o de la estimatoria*.

Puede suceder que el bien entregado no es distinto del convenido en el contrato, no hay una entrega *aliud pro alio*, pero se ha dado un bien que carece de una *cualidad normal* por adolecer de defectos ocultos que lo hacen inútil o que disminuyen su valor, por ejemplo, el automóvil nuevo tiene el motor rajado, el aceite está rancio, la harina está agorgojada, el pescado enlatado está putrefacto, el tejido polillado, el trigo fermentado. Estos son claros ejemplos de vicios ocultos que dan lugar a la acción redhibitoria en aplicación del art. 1503, más no del art. 1505. El vicio es una anomalía por la cual el bien se distingue de todos los otros bienes de su mismo género o especie. Si se entrega el caballo negro en vez del caballo blanco, no hay entrega de un bien viciado, sino incumplimiento del contrato. Pero, en cambio, si se entrega el caballo blanco de carrera que se debe, pero el animal adolece de una enfermedad que lo impide correr, la misma que no pudo ser detectada por el adquirente en el momento de la trasferencia, existe un vicio oculto respecto a la generalidad de la especie de caballos. Vicio oculto es todo defecto que no suponga la falta de las calidades esenciales que identifican al bien.

Distinto es el caso del art. 1505 que establece que hay lugar al saneamiento por vicios ocultos cuando el bien carece de las *cualidades prometidas* por el transferente que le den valor o lo hacen apto para la finalidad de la adquisición. Por ejemplo, el transferente asegura que el automóvil que enajena a un corredor de autos desarrolla una velocidad de trescientos kilómetros por hora, cuando realidad no supera los doscientos kilómetros por hora; que la máquina consume poco combustible, pero sucede que consume demasiado; que el vino es de primera calidad, cuando es un vino corriente. Si el bien reúne las cualidades esenciales para identificarlo en su genero o especie, pero a pesar de ello le falta algunas cualidades prometidas por el transferente que incide sobre la aptitud del bien para poder ser destinada a la finalidad para la cual fue adquirido, esta falta es un vicio que da lugar a que el adquirente opte por la acción redhibitoria o por la estimatoria. Da lugar al saneamiento la falta de *cualidades prometidas* que no constituyan *calidades esenciales ordinarias* que identifican al bien como caballo, como máquina para determinado uso, como

trigo, etc. Claro que no habrá lugar al saneamiento si la falta de cualidades prometidas fue conocida o pudo ser conocida por el adquirente actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias (art. 1504).

Las declaraciones genéricas sobre las cualidades de los bienes no pueden generar la obligación de sanear, sino las cualidades explícitamente aseguradas por el transferente, que den valor al bien o lo hagan apto para la finalidad de la adquisición. Por ejemplo, si a la mercadería vendida le faltan las cualidades aseguradas por el vendedor en la propaganda para el cumplimiento de ciertos fines, procede el saneamiento por vicios ocultos[57].

Sostiene Borda[58] que filosóficamente se puede distinguir entre vicio redhibitorio y cualidades prometidas. El vicio redhibitorio es un defecto del que normalmente carecen las cosas de esa especie o cualidad. Defecto de cualidad prometida no constituye una anomalía natural, sino la falta de cierta cualidad que diferencia esas cosas de las demás de su especie. Si se vende un automóvil nuevo que no da más de 50 kilómetros por hora, tiene un vicio redhibitorio, porque el normal es que de 100 a 120 kilómetros; si en cambio se promete que da 200, como esa no es una cualidad normal, se trata de un defecto de cualidad prometida. Pero desde el ángulo jurídico, la distinción no parece justificarse, porque en ambos casos lo que está en juego es una condición o cualidad de la cosa que el comprador tiene derecho a esperar conforme a la buena fe, sea porque normalmente la cosa vendida la tiene, sea porque el contrato lo ha asegurado.

Se puede afirmar en una acepción amplia, que se entiende por vicios ocultos a las *anomalías ocultas* y a la falta de *cualidades prometidas* que no pueden percibirse en el momento de la transferencia de la propiedad, uso o posesión de un bien; tanto las anomalías ocultas como la falta de cualidades prometidas

[57] El art. 463 del BGB que dispone: “Si al tiempo de la compra le falta a la cosa vendida una cualidad afirmada por el vendedor, el comprador puede exigir, en lugar de la redhibición o de la reducción, indemnización de daños a causa de no cumplimiento”.
[58] Borda, Guillermo A., *Manual de Contratos*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 224.

integran el régimen de la acción *redhibitoria* y de la *quianti miniris*.

A diferencia de nuestro ordenamiento civil que distingue entre *cualidades esenciales u ordinarias* (que identifican al bien), las cuales constituyen el presupuesto de la acción de resolución del contrato por incumplimiento, y cualidades prometidas, cuya falta es el presupuesto de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris*, un sector de la doctrina y del Derecho comparado las unifica a ambas como presupuesto de la acción de resolución del contrato por incumplimiento. Así, el Código civil italiano establece: Art. 1497. *Falta de calidad*. Cuando la cosa vendida no tiene las calidades prometidas o bien aquellas esenciales para el uso a que está destinada, el comprador tiene derecho ha obtener la resolución del contrato según las disposiciones generales sobre las resolución por incumplimiento, siempre que el defecto de calidad exceda los límites de tolerancia establecidos por los usos. Sin embargo, el derecho de obtener la resolución está sujeto a la decadencia y a la prescripción establecidas por el art. 1495". Belmonte[59] dice que los vicios de la cosa vendida no son ni el defecto de cualidad explícitamente prometida por el vendedor, ni el defecto de la cualidad implícitamente contratada por ser esencial para el uso de la cosa. Por vicios debe entenderse aquellos defectos no aparentes de la cosa, los cuales la hacen idónea para el uso a que comúnmente está destinada o que disminuye sensiblemente su valor corriente (art. 1490 del Código italiano): imperfecciones de construcción de una máquina, enfermedad orgánica de un animal, etc. Distinto de los vicios ocultos de la cosa vendida son la ausencia de las cualidades explícitamente prometidas por el vendedor, además de las cualidades estrictamente esenciales para el uso de la cosa. En estas hipótesis se tiene un normal incumplimiento, que da lugar a la resolución del contrato, si bien dentro de los límites de decadencia y prescripción de la acción edilicia. La grave sanción de la resolución del contrato está excluida, sin derecho a

[59] Belmonte, Guido, Mario de Simone, Adriano Fiorentino, Antonio Guarino, Giuseppe Mirabelli, *Il nuevo Códice civile commentato*, Libro IV, Delle obligación, tomo II, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1952, pp. 21 y 26.

resarcimiento, cuando la divergencia entre cualidad efectiva y cualidad prometida, se encuentra en los límites de la tolerancia establecida por los usos. El principio que sea lícito que las partes ejerzan un poco de astucia (dolo bueno) en la contratación, magnificando la mercadería que se vende, excede de las fuentes romanas.

4. Transferencia conjunta de bienes

> **Artículo 1506.-** *Cuando se transfieren dos o más bienes conjuntamente, el vicio de cada uno dará derecho a la acción correspondiente y no se extenderá a los otros, a no ser que el adquirente no hubiese adquirido el otro u otros sin el que adolece del vicio. Se presume esto último cuando se adquiere un tiro, yunta, pareja, juego o análogos, aunque se hubiera señalado un valor separado por cada uno de los bienes que lo componen*.

Cuando se transfieren dos o más bienes en *conjunto*, mediante un solo contrato, y que sólo en uno o en alguno de ellos, pero no en todos, exista vicio redhibitorio, con independencia de que la contraprestación, si lo hay, se haya fijado a suma alzada o por cada uno de ellos, el vicio de cada uno da lugar solamente a su respectivo saneamiento, mediante la acción redhibitoria o la estimatoria, sin que la obligación se extienda a los otros en los que no existe vicio. Por ejemplo, si en un mismo establecimiento compro, en conjunto, dos automóviles para donar uno a cada uno de mis dos hijos, y uno de los vehículos adolece de vicios ocultos graves, en cambio el otro no presenta vicios de importancia, tengo derecho al saneamiento solamente del viciado, permaneciendo el contrato incólume respecto a no viciado, sin importar que haya pagado un solo precio por los dos un precio por cada vehículo. El saneamiento sólo opera respecto del bien defectuoso, es decir, el vicio redhibitorio de cada uno de los bienes que conforman el conjunto adquirido da lugar solamente a su redhibición, pero no a la de los demás bienes en los que no existe vicio.

Constituye una excepción a esta regla general el caso en que el adquirente no hubiera adquirido el bien o bienes sanos sin el que adolece del vicio, porque no podrá destinarlo a la finalidad de la adquisición individualmente sino en conjunto, hecho que deberá probarlo.

El adquirente está relevado de dicha prueba cuando se trata de la adquisición de un tiro (conjunto de caballerías que tiran de un carruaje), yunta (par de bueyes, mulas u otros animales que se sujetan juntos al yugo para realizar ciertas labores, como, por ejemplo, el de labrar la tierra), pareja (conjunto de dos animales u otros bienes, v. gra., una pareja de guantes), juego (conjunto de piezas semejantes que se complementan en el uso, por ejemplo, un juego de muebles para el hogar) o análogo, aun cuando en el contrato se señale un valor en modo alzado o global, o que, por el contrario, se fije un valor por separado para cada uno de los bienes que componen el conjunto, porque, en tales casos, el art. 1506 lo ampara con la presunción que no habría adquirido los bienes sanos sin el otro u otros que adolecen del vicioso.

La presunción establecida en el segundo párrafo del art. 1506 es una presunción *iuris tantum* que el transferente puede destruir con la prueba en contrario.

Probándose o presumiéndose con presunción no destruida, que el adquirente no hubiera adquirido el bien o bienes sanos sin el vicioso o viciosos, la respectiva acción de saneamiento respecto de uno de ellos se extiende a todos los que fueron objeto del contrato.

A diferencia del art. 1367 del Código de 1936 que concedía, respecto de la transferencia de animales, un plazo especial de diez días contados desde la entrega al adquirente para el ejercicio de la acción redhibitoria o de la estimatoria[60], el Código civil vigente, conforme a los dispuesto en su art. 1506 en concordancia con el art. 1514, establece que estas acciones, tratándose de bienes

[60] Código civil de 1936: Art. 1367. La acción redhibitoria, o la de reducción del precio que se funde en los vicios o defectos de los animales, deberá interponerse dentro de diez días contados desde aquel en que tuvo lugar su entrega al adquirente, salvo el término de la distancia. Ejercitada la acción dentro del plazo fijado, el comprador queda relevado de la obligación de probar que el vicio existía antes de la venta.

muebles, entre los que figuran los animales, caducan a los *tres* meses desde la recepción del bien.

Los *antecedentes normativos* del art. 1506 son: Código civil de 1936: Art. 1363. "Vendiéndose dos o más animales juntamente, sea por un precio alzado, sea señalándolo a cada uno de ellos, el vicio de cada uno dará solamente lugar a su redhibición, y no a la de los otros; a no ser que aparezca que el comprador no habría comprado el sano o sanos sin el vicioso. Se presume esto último cuando se compra un tiro, yunta, pareja o juego, aunque se hubiese señalado un precio separado a cada uno de los animales que lo componen". Art. 1364. "Lo dispuesto en el artículo anterior respecto de la venta de animales es aplicable a la de otras cosas análogas".

5. Transferencia de bienes principales y accesorios

> **Artículo 1507**.- *Cuando se transfieren bienes principales y accesorios, los vicios que afectan a los primeros dan lugar al saneamiento de éstos y de los accesorios, pero no a la inversa*.

El principio general de derecho dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no al contrario. Todo lo que le ocurra a lo principal afecta también a lo accesorio, pero lo que le suceda a éste no afecta al principal. El art. 1507 es una aplicación particular de este principio. Conforme a este dispositivo legal, si se transfieren bienes principales y accesorios, los vicios redhibitorios que afecten a los primeros dan lugar al saneamiento de éstos y de los accesorios, pero si los vicios afectan a los accesorios, solamente se sanean éstos, pero no los principales.

6. Vicio en bien fungible

> **Artículo 1508.-** *El adquirente de un bien fungible viciado puede exigir, en sustitución del saneamiento, la entrega de otro de igual naturaleza*.

Los bienes fungibles pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, cantidad y calidad.

Si el bien transferido adolece de vicios ocultos, el adquirente, por razón del saneamiento, puede optar por la resolución del contrato o por la acción estimatoria (de reducción de la contraprestación); si embargo, si el bien es fungible, el art. 1508 le confiere al adquirente la alternativa de optar, en sustitución del saneamiento, que su transferente le entregue otro de igual naturaleza. Esta solución legal es inobjetable, puesto que si el adquirente de bien fungible viciado recibe otro bien sano de la misma especie, cantidad y calidad, su interés se ha satisfecho plenamente.

Frente a la alternativa que coloca al adquirente entre demandar la resolución (acción redhibitoria) del contrato o que se le pague el menor valor que tiene bien (acción estimatoria o *quanti minoris*), acciones tradicionales que vienen desde el Derecho romano, se confiere al adquirente una tercera opción, cuando el bien es fungible, consistente en demandar la sustitución del bien viciado por un bien sano.

No cabe duda que el adquirente tiene también derecho de exigir que el transferente repare el bien a fin de que pueda cumplir con la finalidad para la que fue adquirido, a cuyo fin, en ejercicio regular de su derecho, puede amenazarlo con ejercitar cualquiera de las acciones precedentes.

7. Saneamiento por cargas y gravámenes ocultos

> **Artículo 1509.-** *Hay lugar al saneamiento cuando existan cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no se dio noticias al celebrarse el contrato, si éstos son de tanta importancia que disminuyen el valor del bien, lo hacen inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para ese efecto.*

Para nuestro ordenamiento jurídico civil, las cargas, limitaciones o gravámenes ocultos, no obstante referirse a derechos de terceros, son considerados como casos de saneamiento por vicios redhibitorios, y no de saneamiento por evicción, debido a que la evicción supone un proceso judicial o

administrativo de evicción en el cual exista resolución definitiva que priva al adquirente del derecho adquirido, y la existencia de cargas, limitaciones o gravámenes no significa privación del derecho del adquirente por efecto de una resolución judicial o administrativa firme. Para que el transferente esté obligado a sanear, estos vicios jurídicos, en que consisten las cargas, limitaciones o gravámenes ocultos, deben ser de tal gravedad que disminuyan el valor del bien o reduzcan sus cualidades para la finalidad de su adquisición.

En la doctrina se discute si las cargas, limitaciones o gravámenes constituyen casos de evicción o de vicios ocultos. Los que consideran que son casos de evicción argumentan que las cargas limitaciones o gravámenes afectan el derecho del adquirente y no la naturaleza del bien como ocurre con los vicios ocultos. En cambio, los que optan por los vicios ocultos sostienen que éstos pueden ser materiales o de hecho y jurídicos o gravámenes que no requieren de vencimiento en juicio como en la evicción.

El Código español lo incluye dentro de las disposiciones del saneamiento por evicción; como dice Badenes[61], quizá considerando que en ella hay evicción parcial, ya que el gravamen disminuye y limita el dominio de la cosa vendida. Pero la doctrina española considera "más adecuado su colocación dentro del saneamiento por vicios ocultos, pues la evicción supone privación de la cosa por virtud de un juicio reivindicatorio, y el reconocimiento de la carga oculta no implica privación de la cosa ni requiere sentencia ejecutoriada".

Igual sucede en el Código italiano, cuyo art. 1489, ubicado dentro de las disposiciones sobre la evicción, señala: "*Cosa gravada por cargas o por derechos de goce de terceros*. Si la cosa vendida está gravada con cargas o con derechos reales o personales no aparentes que disminuyan su libre goce y que no hayan sido declarados en el contrato, el comprador que no haya tenido conocimiento de ellos puede pedir la resolución del contrato o bien una reducción del precio". Para el Derecho

[61] Badenes Gasset, Ramón, El contrato de compraventa, Bosch, Barcelona, 1979, p. 650.

italiano la pérdida de la propiedad de parte del bien o la pérdida de un derecho real menor, son casos de evicción parcial; en ambos casos el *accipiens* queda con parte del derecho adquirido, por lo que éste puede pedir o la resolución del contrato, en caso que de acuerdo a las circunstancias deba creerse que no hubiese adquirido sin la parte eviccionada, o una reducción del precio[62].

En el Derecho peruano, el Código de 1852 reguló a las servidumbres como un caso de evicción. El art. 1426 dispuso: "Cuando resultare gravada la finca con servidumbres que no están de manifiesto, y de las que no se dio noticia al tiempo de contratar, si estas fuesen de tanta importancia que se pueda presumir que no se la hubiera comprado conociéndolas; puede el comprador pedir la rescisión del contrato, si no prefiere el saneamiento". Contrariamente, el derogado Código de 1936, art. 1361 que repite el texto del art. 1426 del Código de 1852, regula a las servidumbres como vicios redhibitorios. Igualmente, el vigente de 1984, art. 1509 que no se refiere específicamente a las servidumbres, sino a todas las cargas, limitaciones o gravámenes, los disciplina en el Capítulo relativo al saneamiento por vicios ocultos. Castañeda[63] critica esta solución por considerar que las servidumbres son vicios jurídicos no de hecho, estos afectan la materia de la cosa y aquellos inciden sobre sus atributos legales. Arias Schreiber[64] considera correcta la posición adoptada por el Código de 1984, puesto que el vicio oculto consiste en la pérdida o limitación de la aptitud del bien para la finalidad propuesta por el adquirente, y esto puede provenir tanto de una anormalidad física como jurídica.

La solución adoptada por el art. 1509 del vigente Código civil se puede justificar sosteniendo que los vicios ocultos son de dos clases: vicios *materiales* o de hecho y vicios *jurídicos* o

---

[62] Barbero expresa: "*Evicción menor*. Si la cosa vendida está gravada con cargas o derechos no aparente (aunque sólo sea de *locación*), que disminuyan el libre goce (y decimos nosotros, la *plena "pertinencia"*), y al no ser aparentes, no hayan sido declarados en el contrato de venta ni hayan sido en cualquier forma conocidos por el comprador, éste puede pedir la resolución del contrato o una reducción del precio, en las condiciones y en los términos en que hemos visto a propósito de la evicción parcial (art. 1489)" (Barbero, Domenico, ob. cit., p. 24).

[63] Castañeda, Jorge Eugencio, El Derecho de los contratos, t. I. Lima, 1966, p. 266

[64] Arias Schreiber Pezet, Max, ob. cit., p. 314.

cargas o gravámenes ocultos que limitan el valor del bien o no permiten destinarlo a la finalidad de su adquisición.

Conforme al art. 1509, el transferente está obligado al saneamiento por vicios ocultos cuando existen cargas, limitaciones o gravámenes ocultos y de los que no dio noticias al celebrarse el contrato, si estos son de tanta importancia que disminuyan el valor del bien, lo hagan inútil para la finalidad de su adquisición o que reduzcan sus cualidades para ese efecto.

Esta regla encuentra plena aplicación cuando se trata de cargas, limitaciones o gravámenes no inscritos y cuando la adquisición se ha hecho verbalmente o mediante documento privado o público no inscrito, siempre que el adquirente no las haya conocido o no haya podido conocerlas no obstante la diligencia observada en el examen del bien.

Las cargas son derechos de terceros que restringen o limitan el derecho de propiedad u otro derecho real del adquirente. Por ejemplo, las servidumbres, los derechos de usufructo, uso, posesión, habitación, los del arrendatario, comodatario, los cánones enfitéuticos (abolidos de nuestro ordenamiento jurídico), las garantías reales.

Las cargas se trasmiten con el bien, son soportadas por quien lo posee, aunque no lo haya contraído. Las cargas pueden ser reales o personales. A las cargas reales se les denominan también gravámenes: las servidumbres, los derechos reales de garantía: anticresis, hipoteca, garantía mobiliaria. También son cargas reales las simples limitaciones de un derecho real, por ejemplo, no impedir el curso de las aguas que naturalmente fluyen de los predios superiores; la construcción de los tejados de tal modo que las aguas pluviales no caigan en el predio vecino. Cargas personales son las obligaciones que se trasmiten con el bien; no competen a una persona determinada sino indeterminadamente al poseedor del bien; se les denomina obligaciones reales o *propter rem*.

La obligación está limitada a las cargas, limitaciones o gravámenes ocultos que el adquirente no conocía ni estaba en la posibilidad de conocer. Así, no hay obligación de sanear por la

existencia de servidumbres aparentes, las cuales el adquirente conoce o está en la posibilidad de conocerlas. Por ejemplo, no hay lugar al saneamiento si el adquirente conocía la servidumbre de paso sobre el predio que adquiere, por ser uno de los que venía usando el predio para el tránsito.

Las cargas, limitaciones o gravámenes inscritos no constituyen vicios redhibitorios, no porque no sean vicios, sino porque no son ocultos. Así, la obligación de saneamiento no opera respecto de la garantía mobiliaria inscrita y de la hipoteca, sea voluntaria o legal. El adquirente no puede alegar que desconocía la existencia de la prenda mobiliaria inscrita o de la hipoteca, la misma que se constituye mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, dado a que "se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones" (presunción *iuris et de iure*) (art. 2012). En todo caso, el adquirente debe hacerse asesorar para la adquisición de bienes inscritos, porque si por falta de asesoramiento adquiere bienes creyendo que no soportan cargas o gravámenes cuando en realidad éstos existen y están inscritos, pierde el derecho al saneamiento. Estando inscritas las cargas o gravámenes es imposible jurídicamente que el adquirente pueda alegar y probar su desconocimiento; el art. 2012, antes citado, lo impide. En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto disponiendo que la existencia de un gravamen hipotecario no puede considerarse como una hipótesis de vicio oculto, puesto que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente ha podido conocer por sí mismo[65].

Puede ser que los gravámenes o cargas constituidos antes de la adquisición, se inscriban después del acto de adquisición, pero antes que éste ingrese al registro. En este caso el adquirente puede alega y probar que no los conocía, por no constar su existencia en el registro al tiempo de la adquisición, en cuyo caso, el transferente está obligada al saneamiento.

Desde la perspectiva del Derecho penal, constituye delito de defraudación la venta o gravamen, como libres, de bienes

[65] Cas. Nº 2675-87-Huánuco, en *El Código civil en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 565.

litigiosos o gravados. Al respecto, el art. 197 del Código penal prescribe: “La defraudación será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando: (…) 4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos”.

8. Saneamiento por inexistencia de servidumbres activas

> **Artículo 1510.-** *También hay lugar al saneamiento cuando no existen las servidumbres activas declaradas por el transferente al celebrarse el contrato, que harían apto el bien para la finalidad de su adquisición.*

El art. 1035 define a las servidumbres en los siguientes términos: “La ley o el propietario de un predio pueden imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos”. El predio en cuyo beneficio o utilidad se constituye la servidumbre se llama *dominante* y el predio que soporta el gravamen se denomina *sirviente*. Observada desde la perspectiva del predio dominante o beneficiario, la servidumbre es *activa*; en cambio, encarada desde el punto de vista del predio sirviente, la servidumbre es *pasiva*.

El transferente está obligado a sanear cuando no existen las servidumbres activas que ha declarado en la celebración del contrato, siempre que sean aptas para que el bien sirva para la finalidad de su adquisición, es decir, que sin la presencia de dichas servidumbres no habría hecho la adquisición o la habría efectuado en condiciones diferentes.

No basta la cláusula genérica de transmitir el bien “con las servidumbres activas” para que exista la obligación de sanear, sino que se requiere de declaración explícita, especificando de qué servidumbre o servidumbres goza el predio.

9. Acción resolutoria

Artículo 1511.- *El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.*

En Roma los *edili curuli* (ediles curules), magistrados de menor rango que los pretores urbanos y los pretores peregrinos, con jurisdicción, entre otros, en el importante sector del comercio de esclavos y animales[66], impusieron la *actio redhibitoria*, cuya consecuencia era la resolución del contrato con devolución del precio recibido por el vendedor, y alternativamente la *actio aestimatoriae* o *quanti minoris* que tenía como efecto la reducción del precio, manteniendo el contrato. De ahí que a la acción redhibitoria y a la estimatoria se les conozca con el nombre de acciones edilicias, las cuales se mantiene en el Derecho moderno[67].

Estas acciones del Derecho romano se mantienen en el Derecho moderno. Por razón de la obligación de saneamiento por vicios ocultos a que está obligado el transferente, la ley confiere al adquirente dos acciones: la acción resolutoria o redhibitoria (art. 1511) y la estimatoria o *quanti minoris* (art. 1513). El adquirente optará por la resolución del contrato cuando el bien resulta inútil para el fin de la adquisición, mientras que escogerá la *quanti minoris* cuando el bien solamente ha disminuido su

[66] Con la instauración del orden republicano, la actividad del *ius dicere* es realizada por una doble magistratura: el *praetor urbanus* en el 367 a.C. y el *praetor peregrinus* creado en el 242 a.C. Junto a estos dos magistrados, en el año 367 a.C. se instauraron los *edili curuli*. Como refiere Pastori, estos tres magistrados ejercían sus funciones en Roma. En provincias el ejercicio de la *iurisdictio* fue encomendada a los gobernadores. En provincias, "*populi romani*", junto a los gobernadores ejercían la jurisdicción los *quaestores*, con funciones análogas a las desarrolladas en Roma por los *edili curuli*, magistrados menores instituidos en el año 367 a.C. para el ejercicio de la policía urbana y anonaria (*cura urbis e cura annonae*): cuya jurisdicción comprendía, entre otros, el importante sector del comercio de esclavos y animales (Pastori, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Cisalpino-Gpñoardoca, Milano, 1988, pp. 394 y 395).

[67] "En Roma los ediles curules, encargados de la policía de los mercados y las ferias, imponían a los vendedores de esclavos y de animales domésticos la obligación de hacer saber al público los defectos ocultos del esclavo o del animal, y si no la cumplían quedaban expuestos a una doble acción, a opción del comprador: la acción redhibitoria, para obtener la resolución de la venta, o la acción estimatoria, para obtener la reducción del precio" (Rezzónico, Luís María, ob. cit., p. 258).

valor o utilidad, si es que no prefiere la resolutoria[68]. Ambas acciones, la redhibitoria y la estimatoria, son otorgadas a favor del adquirente, quien debe hacerlas valer dentro de los plazos señalados en el art. 1514; el transferente sólo puede ofrecer subsanar los vicios que son de poca importancia (art. 1515).

La norma del art. 1511, que regula la *acción redhibitoria*, y la norma del art. 1513, que disciplina la *acción estimatoria*, no son de naturaleza material, sino procesal.

En consideración a que nadie mejor que el adquirente para conocer y juzgar si el vicio o vicios simplemente disminuyen el valor del bien para los efectos de la finalidad para la cual fue adquirido o si, en cambio, lo hacen inútil para la finalidad de la adquisición, no se le puede negar su derecho de elegir entre la acción redhibitoria o la *quanti minoris*; pero si los vicios son de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, y si el adquirente se niega a la subsanación sólo puede intentar la acción estimatoria (arts.1511, 1513 y 1515). La acción resolutoria persigue deshacer el contrato, en cambio, con la estimatoria se mantiene el contrato, el cual es modificado en cuanto al valor de bien, por estar el transferente obligado a pagar al adquirente lo que el bien vale de menos por razón del vicio.

La Corte Suprema ha resuelto: Tratándose de vicios ocultos, tanto la acción resolutoria como la estimatoria o *quanti minoris*, permiten pedir que se pague lo que el bien transferido vale de menos y está reservada a favor del adquirente, pues el transferente sólo puede ofrecer subsanar los vicios[69]. Esta resolución suprema es errónea en cuanto afirma que tanto la acción *resolutoria* como la *estimatoria* permiten pedir el pago de lo que el bien vale de menos, porque este efecto es de la acción estimatoria y no de la resolutoria; el pago del menor valor de bien por razón del vicio es incompatible con la acción resolutoria por cuanto ésta persigue

[68] La Corte Suprema ha resuelto: Tratándose de vicios ocultos existen dos formas de tutela de vicios ocultos que se pueden formular alternativamente: a) la *actio redhibitoria*, y b) la *actio quanta minoris*. En efecto, en los arts. 1511 y 1513 se ha conservado esta posibilidad de opción, concediendo al adquirente, en caso de descubrimiento oportuno de un vicio oculto de la cosa adquirida, el derecho a legir entre la acción redhibitoria, destinada a obtener la resolución del contrato, y la acción estimatoria, cuyo objetivo es lograr que se le compense el menor valor que tiene la cosa para la finalidad a la que estaba destinada (Cas. Nº 1284-2006-Lima, en *El Código civil en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 566).

[69] Cas. Nº 1078-1997, en *El Código civil en su jurisprudencia*, ob. cit., p. 565.

disolver el contrato para que el transferente retome el bien viciado, o sea se restituye la prestación ya ejecutada, volviendo el bien a la situación en que se encontraba en el momento anterior al de la transferencia.

Los arts. 1370 y 1371 confieren a las expresiones rescisión y resolución significados precisos: La *rescisión* es por causal existente al momento de la celebración del contrato, y la *resolución* es por causal sobreviniente a la celebración. No obstante, en el art. 1511 contradice lo dispuesto en los arts. 1370 y 1371 al establecer que el adquirente puede pedir, en razón del saneamiento por vicios ocultos o redhibitorios (existentes al momento de la celebración) a que está obligado el transferente, la resolución del contrato, situación que pasamos a esclarecer.

Como sabemos, *el transferente está obligado al saneamiento por vicios ocultos existentes al momento de la transferencia* (art. 1503). Por razón del saneamiento por vicios ocultos, el adquirente puede optar por la acción redhibitoria o por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos (acción *cuanti minoris*) (arts. 1511 y 1513). Si para tener derecho a cualquiera de estas dos acciones, los vicios deben existir en el momento mismo de la celebración del contrato con el que se realiza la transferencia (art. 1503), entonces la acción redhibitoria debería ser rescisoria, en conformidad con el art. 1370 que prescribe: *La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.*

Sin embargo, en la doctrina se discute si la redhibitoria es rescisoria o resolutoria. De La Puente y Lavalle[70] consideran que la acción a que da lugar los vicios ocultos es resolutoria, por entender "que la naturaleza de la acción redhibitoria es que el adquirente debe estar en aptitud de hacer que el enajenante retome la adquisición de la cosa, sin desconocer por ello que el adquirente la haya tomado en el lapso comprendido entre la adquisición y la resolución (…) si bien la acción redhibitoria tiene su fundamento en la existencia de vicios al momento de efectuarse la adquisición, esa acción la plantea el adquirente en su

[70] . De la Puente y Lavalle, Manuel, *Estudios sobre el contrato privado*, t. II, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, pp. 469-470.

condición de tal, es decir invocando el derecho que le da el haber adquirido la cosa, y ello sólo se justifica si se reconoce que la transferencia se ha producido".

Por su parte, Arias Schreiber[71] opina que como el vicio oculto tiene que existir antes o coetáneamente con el contrato y no con posterioridad, debió considerarse como una causal de rescisión y no de resolución.

Consideramos que si los vicios redhibitorios deben existir en el momento mismo de la celebración del contrato por el que se transfiere la propiedad uso o posesión de un bien, por simple lógica deben ser causa de rescisión y no de resolución del contrato. Pero por mandato del art. 1511 los vicios redhibitorios son causas de resolución, no de rescisión, del contrato.

Sin embargo, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no tiene mayor trascendencia práctica la distinción entre rescisión y resolución del contrato por la causal de vicios ocultos existentes en el bien mueble o inmueble transferido, puesto que ambas tienden a disolver el contrato con efectos retroactivos entre las partes al momento de la celebración (a pesar de que el art. 1372 establezca que la resolución tiene efectos retroactivos al momento que se produce la causal que la motiva), es decir, que el transferente retome el bien; ninguna de las dos perjudican los derechos de terceros adquiridos de buena fe (art. 1372); la acción resolutoria por vicios ocultos caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis, si son inmuebles, plazos que se computan desde el momento de la recepción del bien (art. 1514), estos mismos plazos de caducidad tendrían que regir si la acción es rescisoria. Entonces, donde está la importancia práctica (el Derecho es una ciencia eminentemente práctica) de la distinción entre rescisión o resolución del contrato por la causal de vicios ocultos?

Los *antecedentes normativos* del art. 1511 son: El Código civil de 1852: Art. 1431. Por los vicios ocultos de la cosa, tiene el comprador derecho de pedir a su elección, o que se rescinda el contrato, o que se le devuelva del precio lo que la cosa vale de menos. Código civil de 1936: art. 1354. Por los vicios ocultos de

[71] . Arias Schreiber, Max, ob. cit., p. 315.

la cosa tiene el adquirente derecho de pedir, a su elección o que se rescinda el contrato, o que se le devuelva del precio lo que la cosa vale de menos. Código civil italiano: Art. 1492. *Efectos de la garantía*. En los casos indicados en el art. 1490 el comprador puede demandar a su elección la resolución del contrato o bien la reducción del precio, salvo que, por determinados vicios, los usos excluyan al resolución. La elección es irrevocable cuando se hace con la demanda judicial. Si la cosa entregada ha perecido a consecuencia de los vicios, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato; si, por el contrario, ha perecido por caso fortuito o por culpa del comprador, o si éste la ha enajenado o transformado, no puede pedir más que la reducción del precio.

10. Efectos de la resolución del contrato por vicios ocultos

Artículo 1512.- *La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente:*

1. *El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.*
2. *Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda.*
3. *Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.*
4. *Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución.*
5. *La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios.*

Se adquiere un bien sabiendo que no adolece de vicios que impidan destinarlo a la finalidad para la cual es adquirido o que disminuyan su valor. El adquirente puede demandar la resolución del contrato cuando el bien, en el momento de la adquisición, tenía vicios ocultos que no pudo detectarlos no obstante haberlo examinado diligentemente de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias, o cuando en el bien faltan las cualidades prometidas por el transferente. Como los efectos de la resolución

de un contrato de transferencia de un bien siempre tiene efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato, a pesar de que el art. 1372 se establezca que los efectos de la sentencia de resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, el adquirente debe devolver el bien viciado al transferente. Como consecuencia de la devolución, el adquirente pierde el valor que tendría el bien en el momento de la resolución si es que no adoleciera de vicios ocultos o no le faltaría las cualidades prometidas por el transferente; también pierde todos los gastos u tributos que le originó la celebración del contrato, además de resultar perjudicado con la conducta dolosa o culposa del transferente. Como la obligación de saneamiento por vicios ocultos tiene carácter indemnizatorio, el adquirente tiene derecho al resarcimiento, o sea que se le reponga su patrimonio perdido como consecuencia de la resolución del contrato.

Por estas consideraciones, en conformidad con el art. 1512, dado el carácter indemnizatorio del saneamiento, resuelto el contrato, el transferente queda obligado ha pagarle al adquirente:

1. *El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera el vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición*[72].

El valor que tiene el bien en el momento de la resolución puede ser igual, superior o menor que el que tenía en el momento de la adquisición. El adquirente no pierde el valor que tiene el bien en el momento de la adquisición, sino el valor que tiene en el momento de la resolución del contrato.

Si se estableciera que por razón de la acción redhibitoria el transferente debe devolver la contraprestación que recibió a cambio de la transferencia del bien, por ejemplo, que el vendedor devuelva el precio pagado por el comprador, podría suceder que el valor de esa contraprestación sea menor al que tiene el bien en

[72] Solución similar presenta el art. 33 del Decreto Legislativo N° 716, sobre Protección al Consumidor, que prescribe: "Art. 33. En caso que el proveedor estuviera obligado a restituir el precio o retribución abonado por el consumidor, deberá tomarse como base el valor del bien al momento de la devolución: Si el valor del producto servicio es menor al momento de la devolución, se deberá restituir el precio o retribución originalmente abonado por el consumidor más los intereses legales o convencionales"

el momento de resolución, caso en el que no se cumpliría con la finalidad de la indemnización de reponer el patrimonio perdido por el adquirente, o puede ocurrir que el valor del bien en el momento de la adquisición es superior al que tiene en el momento de la resolución, en cuyo caso la acción redhibitoria se estaría usando como un instrumento de enriquecimiento indebido del adquirente que la ley no permite.

El bien debe ser valorado en el momento de la resolución como si se encontrara libre de vicios y en función de la finalidad de la adquisición.

El adquirente tiene el derecho a que su transferente le pague el valor que tiene el bien en el momento de la resolución del contrato, y, correspectivamente, tiene el deber de devolver el bien con los vicios que lo afectan, sin otras disminuciones de su valor. De modo que si el adquirente ha afectado el bien con cargas o gravámenes (hipoteca, servidumbres, garantía mobiliaria, etc.), para ejercer la acción redhibitoria debe previamente levantar esas cargas o gravámenes, caso contrario pierde el derecho de valerse de dicha acción.

2. *Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda*.

Los intereses constituyen la renta o frutos que produce el valor del bien, por lo que deben ser pagados por el transferente al adquirente, computados desde la citación con la demanda de resolución del contrato. Son debidos en razón de la ley y en la tasa legal, pero nada obsta a que las partes pacten una tasa menor a la legal.

3. *Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente*.

El transferente debe pagar al adquirente todos los gastos e impuestos que éste realmente ha pagado con ocasión de la celebración del contrato.

4. *Los frutos del bien que estuviesen pendientes al momento de la resolución*.

Cuando el adquirente es un poseedor legítimo de buena fe, hace suyos los frutos percibidos (art. 908); si el adquirente ha

devuelto el bien viciado con sus frutos a su transferente, tiene derecho a que éste le pague el valor de los frutos que se encuentran pendientes de percibir al momento de la resolución del contrato.

5. *La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios*.

El *tradens* está obligado a entregar al *accipiens* un bien sin vicios que impidan destinarlo a la finalidad para la cual es adquirido; si por su dolo o culpa entrega un bien vicioso que no es idóneo para el fin de la adquisición, está obligado a indemnizar los daños.

La norma del art. 1512.5 es una aplicación de la norma general del art. 1321 que señala que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El transferente que oculta la existencia de vicios en el bien o promete cualidades inexistentes, o que por su negligencia no advierte la existencia de tales vicios o la ausencia de las cualidades que promete, no ejecuta su obligación, por dolo o por culpa, conforme a lo previsto en el contrato y en la ley.

El principio general de derecho reza que todo el que causa daños a otro está en la obligación de indemnizarlo, por tanto, el transferente está obligado a indemnizar por los daños causados a su adquirente con su actuar doloso o culposo respecto de la existencia vicios en el bien o de la falta de cualidades prometidas. El transferente que ha actuado con dolo o culpa está obligado a indemnizar tanto el daño emergente y el lucro cesante (art. 1321) como el daño moral (art. 1322).

El transferente actúa dolosamente cuando sabiendo que el bien tiene vicios ocultos no los hace de conocimiento del adquirente o promete una cualidad sabiendo que el bien no la tiene; y obra culposamente cuando por su negligencia no advierte que el bien que transfiere adolece de vicios ocultos o no tiene la cualidad que promete.

Los *antecedentes normativos* del art. 1512 son: Código civil de 1852: Art. 1432. Si el vendedor sabía de los vicios de la cosa, está obligado a indemnizar daños e intereses, a mas de restituir el precio. Si los ignoraba, no está obligado mas que a la restitución del precio, y al pago de los gastos de la venta; Art. 1440. Si el defecto o vicio oculto fue ignorado por el vendedor, puede este pedir la rescisión de la venta. Código civil de 1936: Art. 1355. Si el enajenante sabía de los vicios de la cosa, está obligado a indemnizar daños y perjuicios, además de restituir su valor. Si los ignoraba, no está obligado sino a la restitución del valor y al pago de los impuestos y gastos del contrato. Si el defecto o vicio oculto fue ignorado por el enajenante, puede éste optar por la rescisión del contrato.

11. Acción estimatoria o *quanti minoris*

> **Artículo 1513.-** *El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512, inciso 5*.

Cuando el bien con vicios ocultos aun es apto para la finalidad para la cual fue adquirido, el adquirente puede optar por la acción estimatoria o *quanti minoris* (si es que no se decide por la resolutoria), a fin de que se le pague lo que el bien vale de menos en el momento de ejercer la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, pudiendo acumular a su demanda la indemnización de daños cuando el transferente ha actuado con dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios. El derecho del adquirente de optar por la pretensión resolutoria o por la pretensión estimatoria o *quanta minoris* queda librado a los efectos de la libertad contractual.

Como la acción estimatoria tiene carácter indemnizatorio, el menor valor que debe pagar el transferente al adquirente no es el que tiene el bien en el momento de celebrase el contrato de transferencia, ni el momento en que es recepcionado, ni tampoco

el momento del pago del menor valor, sino el valor del bien en el momento en que el adquirente ejercita la acción de pago.

El art. 1513 establece que el adquirente puede pedir que se le pague el menor valor que tiene el bien en el momento de ejercerse la acción de pago. Consideramos que hubiese sido más justo disponer que ese menor valor no sea el que tiene el bien en el momento de ejercerse la acción para el pago, sino el valor que tiene en el momento en que el transferente paga la compensación, a fin de que el adquirente reciba lo que realmente pierde.

Este menor valor se establecerá considerando al bien como si no tuviera vicios ocultos y teniendo en cuenta la finalidad para la cual fue adquirido.

El art. 1513 es una aplicación particular de la norma general del art. 1236 que dispone que cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

La Corte Suprema ha resuelto: La acción estimatoria está destinada a obtener la disminución del precio en proporción del deterioro del bien, la cual se materializa a través de exigir al transferente el pago o una compensación de lo que el bien vale de menos producto del vicio. Así, esta acción tiene por objeto el pago que debe hacer el transferente al adquirente de la reducción del valor del derecho de propiedad, al uso o la posesión de un bien por razón de un vicio que afecta a este último, por consiguiente, tiene contenido patrimonial que es posible exigir a través de una pretensión de obligación de dar suma de dinero y no a través de una obligación de hacer[73]. Esta resolución suprema presenta una contradicción interna al sostener, por un lado, que la acción estimatoria está destinada a obtener la disminución del precio, y, por otro, que su objeto es obtener el pago de una compensación en lo que el bien vale de menos por razón del vicio; la primera afirmación es errónea y la segunda acertada, puesto que con la acción estimatoria el adquirente no persigue que se disminuya el precio que pagó, sino que se le pague el menor valor tiene el bien como consecuencia del vicio de que adolece.

[73] Cas. Nº 1284-2006-Lima, en El Código civil en su jurisprudencia, ob. cit., p. 567.

Para establecer la diferencia de valor entre el bien sin vicios y el bien con vicios, en el momento en que el adquirente ejercita la acción de pago, se recurrirá a la prueba pericial, debiendo los peritos tener en cuenta el menor valor del bien para los efectos de la adquisición, la menor utilidad, el menor uso, como consecuencia de los vicios, a fin de que el transferente pague ese menor valor, evitándose de este modo que el adquirente resulte lesionado por el contrato.

En conclusión, la obligación de saneamiento por vicios ocultos genera dos acciones especiales, denominadas en la doctrina acciones edilicias por haber sido creadas por el *edictum aedilium curulium* romano. Estas dos acciones son: la acción redhibitoria que es una acción de resolución del contrato, y la acción estimatoria o *quanta minoris*, que es una acción para la compensación de lo que el bien transferido vale de menos por consecuencia de los vicios. El adquirente puede optar alternativamente por cualquiera de ellas. El Código civil no establece que la elección de una de estas dos acciones excluye a la otra, a diferencia del art. 1492 del Código civil italiano que prescribe que la elección es irrevocable cuando se hace con la demanda judicial, solución que se justifica por cuanto el ejercicio de una de ellas se opone a la otra.

Por ejemplo, se ha comprado un predio edificado A. Pero sobre ese predio A pende a favor del fundo B una servidumbre de no edificar a mayor altura que la que cuenta el edificio existente. Agreguemos que esa servidumbre no aparente fue inscrita, pero, por error del Registro, no se informó de su existencia al otorgarse el Certificado de Gravámenes o la respectiva Copia Literal de Dominio. El titular del fundo B reclama cuando el titular del fundo A quiere construir sobre lo existente, no obstante la servidumbre de no edificar a más de cierta altura (*non altius tollendi*)[74]. Esta servidumbre implica que el predio A tiene un vicio oculto que disminuye el valor del bien o que lo hace inútil, según cuál sea la finalidad de la adquisición (art. 1509). El adquirente A tiene la opción de resolver el contrato (art. 1511) o

[74] Ejemplo tomado de Spota, adaptado a nuestra legislación; puesto que en la legislación argentina, las cargas o gravámenes son casos de evicción, no de vicios ocultos (Spota, Alberto G., ob. cit., p. 227).

pedir que se le pague lo que el bien vale de menos por razón del vicio (art. 1513). Si adquirió para edificar a mayor altura y no lo puede hacer, le asiste la pretensión resolutoria; en caso contrario le atañe el derecho a la indemnización proporcional al valor de la carga o gravamen que debe sufrir.

Los *antecedentes normativos* del art. 1513 son: Código civil de 1852: Art. 1431. Por los vicios ocultos de la cosa, tiene el comprador derecho de pedir a su elección, o que se rescinda el contrato, o que se le devuelva del precio lo que la cosa vale de menos. Art. 1437. La acción redhibitoria para deshacer la venta por causa de vicios o gravámenes ocultos, debe intentarse dentro de seis meses corridos desde la entrega de la cosa. Art. 1438. Por las mismas causas expresadas en el artículo anterior, el comprador puede pedir dentro del año, la reducción del precio. Código civil de 1936: Art. 1354. Por los vicios ocultos de la cosa tiene el adquirente derecho de pedir, a su elección o que se rescinda el contrato, o que se le devuelva del precio lo que la cosa vale de menos; Art. 1355. Si el enajenante sabía de los vicios de la cosa, está obligado a indemnizar daños y perjuicios, además de restituir su valor y al pago de los impuestos y gastos del contrato. Si el defecto o vicio oculto fue ignorado por el enajenante, puede éste optar por la rescisión del contrato.

12. Caducidad de las acciones resolutoria y estimatoria

> **Artículo 1514.-** *Las acciones a que se refieren los artículos 1511 y 1513 caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis, de inmuebles.*
>
> *Los plazos se computan desde el momento de la recepción del bien.*

El plazo de caducidad de las acciones resolutoria y estimatoria o *quanti minoris* es de tres meses si se trata de bienes muebles y de seis meses, si son inmuebles, contados desde la recepción del bien. Como se observa, el art. 1514 señala un mismo plazo para la acción redhibitoria y para la estimatoria.

Nótese que los plazos de tres y seis meses, respectivamente, no son de prescripción sino de caducidad, o sea no se interrumpen ni suspenden, salvo mientras sea imposible reclamar el derecho

ante un tribunal peruano (art. 2005); el juez puede declarar de oficio o a petición de parte, la caducidad en conformidad con el art. 2006.

El cómputo del plazo se inicia, no desde la celebración del contrato o desde la fecha del descubrimiento del vicio, sino desde el día en que el adquirente recepciona el bien, porque desde ese momento está en la posibilidad de examinarlo y apreciar la existencia de vicios ocultos. Descubiertos los vicios ocultos no hay razón para que no haga uso de su derecho de plantear una de las dos acciones prontamente, lo que justifica que el plazo de caducidad sea breve.

El plazo de caducidad se acorta a sólo tres meses tratándose de bienes muebles, porque así lo exige la seguridad en la circulación con mayor intensidad de estos bienes.

No se puede dejar al transferente expuesto durante un largo plazo a las reclamaciones del adquirente, porque puede significar "conceder una prima a la mala fe del adquirente". La seguridad de las transacciones es el fundamento de la brevedad del plazo que la ley establece para ejercitar las acciones redhibitoria y estimatoria o *quanti minoris*[75].

No es requisito previo para que exista la obligación de sanear que el adquirente denuncie la existencia de vicios ocultos dentro de determinado plazo. El Código civil no estipula este requisito, salvo para casos especiales, como en el contrato de transferencia de bienes con garantía de buen funcionamiento (art. 1523) y en el contrato de obra, en el cual el comitente debe avisar al contratista por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento del vicio. Al respecto el art. 1784 dispone: "Si en el curso de los cinco años después de su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicios de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo. El contratista es también responsable, en los

[75] Badanes Gasset, Ramón, ob. cit. , p. 715.

casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra. El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo".

En el Derecho comparado hay códigos que establecen el requisito previo de la denuncia de los vicios redhibitorios para poder ejercitar las resolutoria o estimatoria. Así, el art. 1495 del Código italiano prescribe como principio general: "El comprador decae del derecho a la garantía, si no denuncia los vicios al vendedor dentro de los ocho días del descubrimiento, salvo los términos diferentes establecidos por las partes o por las leyes".

Los *antecedentes normativos* del art. 1514 son: Código civil de 1852: Art. 1437. La acción redhibitoria para deshacer la venta por causa de vicios o gravámenes ocultos, debe intentarse dentro de seis meses corridos desde la entrega de la cosa. Esta acción no tiene lugar en las ventas judiciales; Art. 1438. Por las mismas causas expresadas en el artículo anterior, el comprador puede pedir dentro del año, la reducción del precio. Código civil de 1936: Art. 1358. La acción redhibitoria para deshacer el contrato, por causa de vicios ocultos, debe intentarse dentro de seis meses contados desde la entrega de la cosa; Art. 1359. Por las mismas causas expresadas en el artículo anterior, el adquirente puede pedir dentro de seis meses la reducción del precio. Esta acción o la de pedir en su caso la rescisión del contrato, no tiene lugar en las ventas judiciales.

13. Vicios de poca importancia

> **Artículo 1515.-** *Cuando se trata de vicios de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible. Si la oferta es rechazada por el adquirente, éste puede intentar sólo la acción estimatoria, perdiendo la redhibitoria*.

Si el vicio es de poca importancia puede convenir al transferente efectuar la reparación del bien antes que la resolución

del contrato o el pago de lo que el bien vale de menos. Es por ello que la ley lo faculta, cuando es demandado por resolución del contrato o por pago de lo que el bien vale de menos, para ofrecer la reparación del bien cuando los vicios son de poca importancia y subsanables[76]. Si el adquirente rechaza la subsanación, pierde la acción redhibitoria, quedándole solamente la acción estimatoria.

Si el bien adquirido adolece de vicios ocultos que lo hacen inútil para la finalidad de la adquisición, el adquirente opta por la resolución del contrato, por no tener interés de quedarse con un bien que no le sirve para nada. En cambio, cuando los vicios no inutilizan el bien sino solamente disminuyen su valor para los efectos de la finalidad de la adquisición, si no desea conservar el bien se vale de la acción redhibitoria, y si quiere conservarlo opta por la acción estimatoria, pero también puede tener interés en no optar por ninguna de estas dos acciones, sino porque el transferente repare el bien eliminando los vicios ocultos. Esto último es lo que sucede con frecuencia en la realidad práctica, por lo que, siendo el Derecho una ciencia eminentemente práctica, se ha debido conferir al adquirente para que pueda optar entre estas tres alternativas: 1) la resolución del contrato; 2) que el transferente le pague lo que el bien vale de menos; y 3) que el transferente repare el bien o, si es fungible, lo sustituya por otro. Sin embargo, sobre la base de argumentaciones doctrinarias, puramente teóricas y alejadas de la realidad, que sostienen que la obligación de saneamiento por vicios ocultos es indemnizatoria y no una obligación de garantía que asegure al adquirente el goce útil del bien, se le concede solamente las dos primeras acciones.

A diferencia de nuestro Código civil, el Código civil portugués si concede al adquirente acción para exigir al vendedor la reparación o subsanación del bien. Este Código dispone: “Art. 914. *Reparación o subsanación de la cosa*. El comprador tiene el

[76] El Decreto Legislativo Nº 716, sobre Protección al Consumidor establece: Art. 34. Cuando un producto objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado y éstos sean imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho dentro de los treinta días contados a partir de la reparación del producto a que se le repare nuevamente sin costo adicional. Art. 35. Cuando por deficiencia del servicio que otorgue el prestador, el bien objeto de reparación, limpieza, mantenimiento u otro similar se perdiere o sufriere menoscabo, deterioro o modificación que disminuya su valor, lo haga total o parcialmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, o lo convierta en peligroso, el prestador de servicios deberá indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios ocasionados.

derecho de exigir al vendedor la reparación de la cosa, o si fuere necesario y ésta tuviera naturaleza fungible, a sustituirla; pero esta obligación no existe si el vendedor desconocía sin su culpa el vicio o la falta de cualidad de que la cosa padece".

14. El transferente sufre la pérdida del bien como consecuencia de los vicios ocultos

> **Artículo 1516.-** *El transferente sufre el perjuicio de la pérdida del bien si éste perece totalmente por los vicios ocultos que tenía*.

La pérdida total del bien viciado se puede producir: 1) por consecuencia directa del vicio de que adolece; 2) por culpa del adquirente; y 3) por caso fortuito o fuerza mayor.

En cada uno de estos tres casos ¿quién debe sufrir la pérdida? Si el bien perece por razón de los vicios que tenía, la pérdida lo soporta el transferente (art. 1516), pero si perece por caso fortuito o fuerza mayor o por culpa del adquirente (no por los vicios que tiene), él sufre la pérdida (art. 1517 y 1518).

Si el bien viciado se pierde totalmente, no hay razón para que el adquirente se valga de la acción redhibitoria por no existir bien que restituir al transferente; tampoco para usar la acción estimatoria, por no existir bien que conservar. En otros términos, la pérdida total del bien produce la resolución de pleno derecho del contrato de transferencia.

Conforme al art. 1516, el transferente sufre la pérdida del bien que perece como consecuencia directa de los vicios ocultos que tenía en el momento de la adquisición, prescindiendo de su buena o mala fe.

Es lógico que en este caso hay la necesidad de distinguir entre que si el transferente actuó de buena fe o de mala fe en la trasferencia del bien, o sea sin conocer o conociendo la existencia de los vicios, para los efectos de establecer si debe o no pagar daños. Si obró de *buena fe* tendrá que pagar al adquirente el valor que tiene el bien al momento que perece, con sus respectivos intereses, los gastos e impuestos pagados por el adquirente con ocasión de la celebración del contrato, y si obró de *mala fe* está obligado además a indemnizar los daños. En uno y otro caso, el

adquirente queda liberado de restituir el bien puesto que ha perecido totalmente.

Como regla general, el art. 1139 establece como presunción, *iuris tantum*, que la pérdida del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario. El adquirente del bien puede destruir esta presunción probando que la pérdida del bien fue como consecuencia del vicio oculto existente en el momento de la adquisición; además corresponde al adquirente, para los efectos de la indemnización de daños, probar el dolo o la culpa del transferente.

Los *antecedentes normativos* del art. 1516 son: Código civil de 1852: Art. 1433. El vendedor sufre la pérdida de la cosa si perece por los vicios ocultos que tenía. Código civil de 1936: Art. 1356. El enajenante sufre la pérdida de la cosa si perece por los vicios ocultos que tenía.

15. Pérdida del bien por culpa del adquirente

> **Artículo 1517.-** *El transferente queda libre de responsabilidad si el vicio que causó la pérdida del bien tuvo este efecto exclusivamente por culpa del adquirente, aunque hubiera ya existido en el momento de la transferencia.*

El transferente está obligado a sanear únicamente por los vicios existentes con anterioridad o en el momento mismo en que se realiza la transferencia. No hay obligación de sanear por los vicios o defectos que se producen después de la transferencia, salvo que tengan su germen con anterioridad a dicho acto. Dentro de este marco, si el bien se pierde totalmente no como consecuencia de los vicios que lo afectan desde el momento de la adquisición, sino por culpa del adquirente, es natural que éste sufra los efectos de la pérdida. Del mismo modo, conforme al art. 1517, si el vicio que causa la pérdida del bien tiene este efecto por dolo o culpa del adquirente, el transferente queda libre de la obligación de sanear. Por ejemplo, debido a que el adquirente hace trabajar a la máquina con combustible no apropiado, abandona el bien bajo la lluvia, no alimenta al animal, da al bien un destino inadecuado, y a consecuencia de estos hechos el vicio

existente desde antes o contemporáneamente con la adquisición produce la pérdida del bien. Es decir, de no mediar el dolo o culpa del adquirente, el vicio oculto no habría causado la pérdida del bien, razón por la que el transferente queda libre de responsabilidad. En todos estos casos, la obligación de sanear del transferente se resuelve *ipso iure* (de pleno derecho), y, si el contrato es oneroso, tiene derecho a la contraprestación (art. 1138.3).

En pocas palabras, la pérdida del bien viciado imputable al adquirente libera de toda responsabilidad al transferente.

Los *antecedentes normativos* del art. 1517 son: Código civil de 1852: Art. 1434. Aunque el vicio que causó la pérdida de la cosa haya tenido su principio antes de la venta, siendo tal que no la hubiera causado, a no mediar descuido por parte del comprador queda libre de responsabilidad el vendedor. Código civil de 1936: Art. 1357. Aunque el vicio que causó la pérdida de la cosa hubiese tenido su principio antes de la enajenación, siendo tal que no la hubiera causado a no mediar descuido de parte del adquirente, queda libre de responsabilidad el enajenante.

16. Pérdida del bien por caso fortuito o fuerza mayor

> **Artículo 1518.-** *El transferente queda libre de responsabilidad si el bien que adolece de vicio se pierde por caso fortuito o fuerza mayor*.

El art. 1518 es el *contrario sensu* del art. 1516. El bien viciado, en el caso del art. 1516 se pierde como consecuencia del vicio de que adolece, mientras que en el del art. 1518 el bien viciado se pierde como consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor.

Conforme al art. 1518, si el bien no se pierde como consecuencia de los vicios ocultos de que adolece, sino por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la sufre el adquirente, solución justa en consideración a que el bien igualmente habría perecido, aun cuando no hubiera tenido vicios ocultos. Se objeta esta solución por considerar que el transferente no tiene causa para quedarse con la contraprestación, por lo que el adquirente debe

conservar siempre el derecho al saneamiento[77]. Sin embargo, la primera solución (la del art. 1518) parece más acorde con la equidad[78].

De lo dispuesto en los arts. 1517 y 1518 se concluye que cuando el bien se pierde por causas ajenas a sus vicios, ya por culpa del adquirente o ya por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida recae en el adquirente, porque figura en su contra su propio dolo o negligencia o el caso fortuito o la fuerza mayor. El transferente está libre de toda responsabilidad.

17. Pacto de exclusión de la obligación de sanear por vicios

> **Artículo 1519.-** *Cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por vicios ocultos, si el bien se pierde por razón de estos vicios, debe devolver la contraprestación, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a ella.*

Como la obligación de saneamiento por vicios ocultos constituye un elemento natural, no esencial, del contrato, las partes pueden ampliarla, restringirla o suprimirla. La supresión significa que las partes pactan estableciendo que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por vicios ocultos, o sea, el adquirente renuncia a su derecho al saneamiento.

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando el adquirente renuncia al saneamiento y el bien se pierde como consecuencia de los vicios ocultos, el transferente debe devolver la contraprestación, puesto que carece de causa para conservarla, salvo que el adquirente renuncie expresamente a ella. La devolución es de la cantidad de dinero u otro bien que el adquirente ha recibido como contraprestación, y no del valor que pueda tener dicho bien al momento del pago.

---

[77] El art. 1.488 del Código civil español prescribe: “Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta y se pierde después por caso fortuito o culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses”.

[78] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 184.

El adquirente puede renunciar: 1) a su derecho al saneamiento por vicios ocultos; y 2) a su derecho al saneamiento por vicios ocultos y a la contraprestación. Si el bien perece por razón de sus vicios, en el primer caso no tiene derecho al saneamiento, pero si a que se le restituya la contraprestación que pagó; en el segundo caso pierde el derecho al saneamiento y a la devolución de la contraprestación que pagó.

En términos distintos, la renuncia al saneamiento por vicios redhibitorios, cuando el bien se pierde como consecuencia del vicio o vicios de los que adolece, es limitada, porque no se extiende a la obligación de restitución de la contraprestación recibida por el transferente. Para que no exista la obligación de saneamiento por vicios redhibitorios ni la devolución de la contraprestación, se requiere que el adquirente haya renunciado expresamente a ambas obligaciones.

La norma del art. 1519 es aplicable únicamente a los contratos onerosos que se caracterizan por un enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos. En los contratos gratuitos no existe contraprestación que pueda ser devuelta.

18. Nulidad de la renuncia al saneamiento

> **Artículo 1520.-** *La renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.*

Conforme al art. 1489, la obligación de saneamiento es modificable *inter partes* y renunciable. La renuncia del adquirente al derecho al saneamiento por vicios ocultos solamente es válida cuando el transferente actúa de buena fe. Si el transferente conocía los vicios o debido a su grave negligencia no los ha podido detectar, y en estas condiciones ha estipulado la cláusula de supresión de la obligación de saneamiento, ésta es nula, porque en caso contrario se estaría tutelando su comportamiento doloso o con culpa inexcusable.

El art. 219 enumera las causales de nulidad del acto jurídico, disponiendo, en su inciso7, que además de las causales

enumeradas en los otros incisos, el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo. Precisamente la nulidad del pacto por el cual el adquirente renuncia al saneamiento por vicios redhibitorios, cuando el transferente ha actuado por dolo o culpa, es un caso de nulidad declarada por ley, o sea por el art. 1520. No es nulo el contrato de transferencia del bien, sino solamente la cláusula de renuencia por el adquirente al derecho de saneamiento por vicios ocultos (nulidad parcial del acto jurídico).

Siendo nula la renuncia al saneamiento por el actuar doloso o culposo del transferente, el adquirente puede optar por demandar la resolución del contrato (art. 1511) o por pedir que el transferente le pague lo que el bien vale de menos por razón del vicio (art. 1513).

La norma del art. 1520 que dispone que es nula renuncia al saneamiento cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable respecto de la existencia de vicios del bien en el momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia, es una aplicación particular de la norma general contenida en el art. 1328 que prescribe que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de terceros de quién este se valga.

No se permite la renuncia a la acción redhibitoria ni a la acción estimatoria o *quanta minoris* para exigir la responsabilidad procedente del dolo o culpa grave del transferente; la nulidad no alcanza a la renuncia al saneamiento cuando el transferente ha actuado con culpa leve[79].

La nulidad de la cláusula de renuncia al saneamiento está prevista tanto para el caso de dolo positivo (disimulación fraudulenta), como para el caso del comportamiento puramente pasivo del transferente, el cual, conociendo los vicios, haya estipulado la cláusula de renuncia[80].

19. Vicios ocultos en los animales

[79] Art. 1320. Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
[80] Badenes Gasset, Ramón, ob. cit., p. 698.

> **Artículo 1521.-** *En la transferencia de animales, el saneamiento por vicios ocultos se regula por las leyes especiales o, en su defecto, por los usos. A falta de éstos últimos, se observarán las normas que anteceden*.

Conforme al art. 1521, en la transferencia de animales la obligación de saneamiento por los vicios ocultos se regula por leyes especiales o, en su defecto, por los usos y costumbres. Solamente, a falta de ley especial o de usos y costumbres se aplican supletoriamente las normas generales sobre vicios ocultos antes comentadas; lo que es concordante con el art. IX del Título Preliminar.

Los contratos de transferencia de animales que padezcan enfermedades contagiosas especificadas o no en las leyes especiales o en los usos transgreden el orden público (art. V del T.P.), además de tener un objeto ilícito (art. 1403), por lo que adolecen irremediablemente de nulidad absoluta.

El art. 1.494 del Código español prescribe: "No serán objeto de contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo. También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo". Badenes[81], comentando este artículo dice: "En la lista de los vicios redhibitorios, es decir, entre los vicios determinados por la ley o por los usos locales como redhibitorios, no entran nunca las enfermedades contagiosas. La característica del contagio marca una profunda división en las enfermedades de los animales. No es igual –dice Macho Quevedo- el perjuicio individual del comprador que adquirió un animal inservible, que el daño colectivo de una región que por la introducción de un animal contaminado de una enfermedad contagiosa, puede acabar en pocos días con su riqueza ganadera. El contagio de los ganados entre sí y particularmente el peligro que en la alteración de la salud del hombre pueden traer consigo, en determinados casos,

[81] Badenes Gasset, Ramón, ob. cit., p. 731.

tales enfermedades, tiene un carácter público (…). Por tanto, siendo nulo el contrato de compraventa conforme al párrafo 1º del artículo de que tratamos, no estamos ante los supuestos de inexistencia, anulabilidad, rescisión, resolución o redhibición".

El art. 1.494 del Código español fue copiado en el art. 1366 del derogado Código civil peruano de 1936. También la Ley francesa de 21 de julio de 1898 prohíbe todo convención con respecto a animales y ganados que padezcan de enfermedades contagiosas. Cadoret, citado por Barandiarán[82], analizando esta ley expresa: "Aquí la sociedad interviene representada por los servicios sanitarios. El orden público está afectado, el contagio rápidamente se extiende, el interés general está amenazado y precisa tomar las medidas enérgicas para detener todos sus riesgos. Tal es el fin de la legislación administrativa. Los propietarios de animales enfermos están en la obligación imperiosa de cumplirla y si las descuidan, la sociedad, representada por el Ministerio Público, intervendrá en su lugar. No hay sobre este particular acuerdo posible entre comprador y vendedor. La ley es de orden público; en consecuencia: nulidad de oficio de la venta producida, haya o no mala fe; imposibilidad por consecuencia, de alegar las pruebas de transacciones celebradas al margen de la ley: todo declina ante el interés general. El procedimiento se conexta al derecho común, pero las diferentes especies posibles son examinadas con cuidado y el jurista, aunque poco habituado a las particularidades del procedimiento, no experimentará grandes dificultades respecto a una acción a proseguir, de nulidad de venta por enfermedad contagiosa".

También hay que tener en cuenta las disposiciones penales existentes al respecto, así el art. 292 del Código penal prescribe: "El que viola las medidas impuestas por la ley o por la autoridad para introducción al país o la propagación de una enfermedad o epidemia o de una epizootía o plaga, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días de multa".

[82] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 201.

La obligación de saneamiento por vicios ocultos, que no consistan en enfermedades contagiosas, en la transferencia de animales puede modificarse *inter partes* estableciendo que el transferente responderá por vicios o enfermedades no contempladas en la ley (ampliación de la obligación) o que no responderá de algunos de ellos (disminución de la obligación) o que quedará exento de toda obligación de sanear (supresión de la obligación).

El *antecedente normativo* del art. 1521 es el art. 1368 del Código civil de 1936, el cual señalaba: "La acción por vicios redhibitorios en la compraventa de animales y ganados, queda limitada a las enfermedades cuya enumeración sea fijada por el Gobierno en reglamento dictado con anterioridad al contrato". También el art. 1496 del Código civil italiano, el mismo que dispone: "En la venta de animales la garantía por los vicios se regula por las leyes especiales o, en su defecto, por los usos locales. Si tampoco éstos disponen, se observan las normas que anteceden".

20. Transferencia de animales en ferias y pública subasta o de caballerías de desecho

> **Artículo 1522.-** *No hay lugar a saneamiento por vicio oculto en la transferencia de animales y ganado hecha en feria o en pública subasta, ni en las de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes.*

El art. 1522 establece que no hay lugar al saneamiento por vicio oculto en tres situaciones: 1) transferencia en feria; 2) transferencia en pública subasta; y 3) transferencia de caballería de desecho o en circunstancias equivalentes.

Se denomina ganado al conjunto de animales cuadrúpedos que cría y explota una persona. Se habla de ganado mayor para referirse al conjunto de reses mayores como caballos, bacas, etc., y ganado menor para designar a las reses menores como corderos, cabras, etc. Hubiera sido suficiente que la norma del art. 1522 se refiera solamente a los animales, puesto que el ganado es el conjunto de animales.

Las *ferias* de animales son mercados que se abren al público con periodicidad determinada, en los pueblos del Perú son generalmente semanales, otras son mensuales o anuales, donde se exhiben a los animales para su promoción y venta, con seguridades similares a las enajenaciones en subasta pública, lo que la ley trata de incentivar liberando a los transferentes de la obligación de sanear por vicios ocultos. Como dice Scaevola, citado por Barandiarán[83], "las ventas realizadas en subasta pública se hallan libres de responsabilidad del saneamiento, nada hay más análogo a estas subastas que las ventas en feria. Allí está el animal a la vista; allí los similares que hacen realzar su belleza o marcan por el contraste su inferioridad; allí están reunidos todos los compradores, yendo y viniendo, comparando y juzgando, oyéndose y espiándose los unos a los otros, disputándose duro a duro la oferta del comprador. No es, en realidad, una subasta; pero las condiciones para el acierto están garantizadas casi de la misma manera que en ella, por la gran concurrencia y competencia de los interesados. Sin violencia, pues, ha podido el legislador ampliar el concepto de subasta pública, haciéndolo extensivo a las ventas en feria".

Las transferencias hechas en *pública subasta* se encuentran libres de la obligación de sanear por vicios ocultos debido a que son realizadas por funcionario judicial, notarial o administrativo, cumpliendo determinados requisitos y solemnidades, especialmente las relativas a la publicidad.

Hay transferencia de *caballerías de deshecho* cuando el transferente manifiesta que el animal es de deshecho, por ejemplo por exceso de edad, enfermedad, pérdida de energías, o que lo enajena en concepto de deshecho, aun cuando no es de deshecho, por lo que el adquirente queda advertido que el bien que adquiere es defectuoso, por lo que carece del derecho al saneamiento por vicios ocultos. "Téngase en cuenta –como expresa Badenes[84]- que lo que libra de toda responsabilidad al vendedor no es el que las caballerías sean de deshecho, sino la manifestación expresa y clara de este carácter. Si no se hiciera esta manifestación, la

[83] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 199.
[84] Badenes Gasset, Ramón, ob. cit., p. 730.

responsabilidad del vendedor no desaparecería, antes por el contrario, en ciertas circunstancias hasta se podría llegar a entender que había procedido con dolo".

Las transferencias de animales en ferias, pública subasta y caballería de deshecho, no son actos conmutativos sino riesgosos, en los cuales el adquirente no tiene derecho a reclamar por los vicios o defectos ocultos que presenten los animales.

Los *antecedentes normativos* del art. 1522 son: Código civil español: Art. 1.493. El saneamiento por vicios ocultos de los animales y ganados no tendrá lugar en las ventas hechas en feria o en pública subasta, ni en la de caballerías enajenadas como de desecho, salvo el caso del artículo siguiente. Art. 1.494. No será objeto de contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos será nulo. También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para el que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo. El Código civil peruano de 1936 reprodujo estas disposiciones del Código español en los siguientes artículos: Art. 1365. El saneamiento por los vicios ocultos de los animales y ganados no tendrá lugar en las ventas hechas en ferias o en pública subasta, ni en las de caballerías enajenadas como de deshecho, salvo el caso previsto en la primera parte del artículo siguiente. Art. 1366. No serán objeto de compraventa los ganados y animales que padezcan de enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciese respecto de ellos es nulo. También será nula la venta de los ganados y animales si expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para el cual se adquieren, resultasen inútiles para prestarlo.

21. Transferencia de bienes con garantía de buen funcionamiento

> **Artículo 1523.-** *Si el transferente garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente que alegue vicio o defecto de funcionamiento debe comunicarlo al transferente en el plazo de siete días a partir del*

> *descubrimiento; y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación*.

Es usual el pacto por el cual el transferente se obliga a garantizar el buen funcionamiento del bien que transfiere durante cierto tiempo, especialmente cuando se trata de la enajenación de maquinarias.

La obligación de saneamiento por vicios redhibitorios es *legal*, el transferente está obligado a ella aun cuando no hubiese estipulación al respecto, en cambio, la obligación de saneamiento por la transferencia del bien con garantía de buen funcionamiento es *convencional*. Nuestra legislación asimila la garantía de buen funcionamiento a los vicios ocultos, debido a que con ella se persigue indemnizar al adquirente por los perjuicios que sufre por no poder destinar el bien a la finalidad para la cual lo adquirió.

La obligación de *garantía de buen funcionamiento* debe estar expresamente pactada y referida al buen funcionamiento del bien con señalamiento del respectivo plazo.

El art. 1523 impone un doble plazo sucesivo: por el primero, el adquirente que alegue vicio o defecto de buen funcionamiento está obligado a comunicarlo al transferente en el plazo de siete días contados a partir del descubrimiento; y por el segundo, el adquirente debe entablar la acción redhibitoria o la estimatoria dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación.

Como se aprecia, dos son los presupuestos para que opere la obligación de saneamiento por garantía de buen funcionamiento. Primero, la existencia del vicio o defecto debe ser comunicada al transferente dentro del plazo de siete días a partir de su descubrimiento; segundo, la acción correspondiente debe ser incoada dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de la comunicación. Cabe aquí preguntarse ¿cuál es la finalidad de la comunicación al transferente de la existencia del vicio dentro del plazo de siete días de su descubrimiento? La finalidad no puede ser otra que la de permitir al transferente reparar o componer o

tomar cualquier medida tendente a lograr el buen funcionamiento del bien[85].

Para que proceda la acción redhibitoria o la estimatoria en el supuesto de garantía de buen funcionamiento es indiferente que el vicio o defecto de funcionamiento sea de carácter oculto, como lo define el art. 1503.

La Corte Suprema ha resuelto: De acuerdo al mandato del numeral 1523 del código civil, si el transferente de un bien mueble garantiza el buen funcionamiento del bien transferido durante cierto tiempo, el adquirente contará con un plazo de siete días para comunicar de la existencia de algún vicio o defecto a partir de su descubrimiento; y podrá entablar la acción correspondiente dentro del plazo de dos meses contados desde el momento de la comunicación. En tal sentido, y en concordancia con el art. 1514 del Código invocado que establece que la acción redhibitoria caduca a los tres meses tratándose de bienes muebles, vencido dicho plazo ya no será atendible la demanda por resolución del referido contrato[86]. Es errónea esta resolución en cuanto aplica el art. 1514 que contiene una norma general sobre los plazos de caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria de tres y seis meses, según que el bien trasferido sea mueble o inmueble, respectivamente, puesto que el art. 1523 establece, para los casos de transferencia del bien con garantía de buen funcionamiento, un plazo específico de caducidad de estas acciones que es dos meses contados a partir de la comunicación al transferente del vicio o defecto de funcionamiento.

El plazo de siete días para denunciar la existencia del vicio y el plazo de dos meses para plantear la acción redhibitoria o la estimatoria, no son de prescripción sino de caducidad, por lo que no se suspenden ni se interrumpen, son fijados por la ley sin admitir pacto en contrario, y la caducidad se produce el último día del plazo, aunque éste sea inhábil (arts. 2004, 2005 y 2007).

El *antecedente normativo* del art. 1523 es el art. 1369 del Código civil de 1936, el cual disponía: “En caso de que el vendedor hubiere garantizado el buen funcionamiento de la cosa

[85] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 208.
[86] Cas. N° 205-T-1997-Huaura, en *Código civil en su jurisprudencia*, Gaceta Jurídica S.a., 2007, p.

vendida durante cierto tiempo, el comprador que alegue un vicio o defecto de funcionamiento, debe comunicarlo al vendedor en el término de un mes a partir del descubrimiento, y puede entablar la acción correspondiente dentro del plazo de seis meses, a contar desde la fecha de la comunicación".

Capítulo Cuarto
SANEAMIENTO POR HECHO PROPIO DEL TRANSFERENTE

1. Concepto

> **Artículo 1524.-** *El transferente está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuye el valor del bien, lo hace inútil para la finalidad de su adquisición, o reduce sus cualidades para ese efecto.*

Por la buena fe lealtad, en los contratos traslativos, cada parte contratante persigue que la otra logre alcanzar la finalidad para la cual adquiere el bien. Es la buena fe lealtad la que impone al transferente el deber de abstenerse de toda clase de perturbaciones de hecho y de derecho que menoscaben el derecho del adquirente de destinar el bien, útil y pacíficamente, a la finalidad de su adquisición, o que reduzcan sus cualidades para esa finalidad, o que disminuya su valor. No se trata del deber general de respetar lo ajeno o de no perturbar a los demás en el ejercicio de su derecho, sino de un deber individual (del transferente) que emana del contrato, de una obligación con prestación de no hacer.

Si el transferente viola éste deber contractual de abstención surge para él, y sus herederos a título universal, la obligación de sanear. La obligación de saneamiento por hecho propio del transferente se debe al adquirente y a todos los que adquieran de éste el bien, sea a título universal o particular, oneroso o gratuito.

Constituyen actos violatorios del deber contractual de abstención del transferente, por ejemplo, que no pague el débito por el cual ha gravado con hipoteca el predio que enajena, dando

lugar a que el acreedor hipotecario ejecute judicialmente la hipoteca, y como consecuencia el adquirente sea despojado del bien; que el vendedor después de vender un bien registrado al comprador, lo venda por segunda vez a otra persona, quien inscribe primero la transferencia, razón por la que es preferida en el derecho (art. 2016); que el del vendedor que quedando colindante con el comprador, después de la venta corta la vía de agua que irriga el predio vendido; que el que habiendo vendido un bien ajeno adquiere después la propiedad de su verdadero propietario y en cuya virtud pretende reivindicar; que el vendedor en su terreno, después de vender una casa que el comprador adquiere por la bonita vista que tiene hacia el mar, levante un muro que impide al adquirente gozar de esa vista; la existencia de un contrato de arrendamiento que el adquirente está obligado a respetar y que se había ocultado por el transferente; que el transferente demande por evicción a su adquirente alegando un mejor derecho que el que transmitió.

Actos propios del transferente, como los de los ejemplos, que no constituyen una simple amenaza, sino que efectivamente disminuyen el valor del bien, o lo hacen inútil para la finalidad de la adquisición, o reducen sus cualidades para que pueda servir para esa finalidad, generan la obligación de sanear al adquirente. Esos actos propios del transferente pueden afectar a la naturaleza misma del bien como el caso del vendedor que quedando colindante con el comprador, corta la corriente de agua que irriga el predio vendido, por lo que éste deviene en terreno eriazo, o puede afectar el derecho que el adquirente tiene sobre el bien, así cuando el que vendió un bien ajeno, adquiere a continuación la propiedad del mismo. Los actos propios del transferente que afectan a la naturaleza del bien constituyen vicios de hecho y los que inciden sobre el derecho que tiene el adquirente sobre el bien constituyen vicios de derecho.

Como dicen los Mazeaud[87], se entiende por perturbación de hecho el atentado que su autor no pretende que se base sobre un derecho, por ejemplo, el vendedor de un fondo de comercio, al reinstalarse, desvía la clientela del establecimiento vendido. “Se

[87] Mazeaud, Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud, ob. cit., p.269.

entiende por perturbación de derecho, el atentado que su autor pretende, por el contrario, que se basa sobre un derecho: afirma que es propietario o titular de otro derecho real, por ejemplo, de un derecho de usufructo o de una servidumbre". El vendedor aún cuando sea realmente titular de tal derecho, no puede alegarlo; a menos claro está que lo haya excluido por la venta. La acción que entablara en virtud de ese derecho tropezaría con la excepción de saneamiento que le opondría el comprador.

El adquirente está protegido contra los hechos propios de su transferente, sean anteriores o posteriores a la transferencia, siempre que los anteriores no hayan sido conocidos por el adquirente. El límite temporal señalado por el art. 1491 cuando establece que se debe el saneamiento *por razón de un derecho anterior a la transferencia*, no es de aplicación a la obligación de saneamiento por hecho propio del transferente, puesto que este dispositivo se refiere a la obligación de saneamiento en caso de evicción por razón de un derecho de tercero.

Quien está obligado a sanear no puede reivindicar ni realizar cualquier acto posterior a la trasferencia que perturbe o prive al adquirente del uso y goce pacífico y útil del bien o que disminuya su utilidad. No pueden existir acciones reales ni personales *inter partes* fundadas en hechos propios del transferente. Este no puede ir contra sus actos propios por los cuales transfirió la propiedad, uso o posesión de un bien, porque ello significaría la negación del derecho cuya efectividad puede reclamar el adquirente. El *derecho del transferente* sobre el bien que enajenó no es oponible judicialmente al adquirente, éste no puede ser eviccionado del bien, contrariamente, el *derecho del tercero* anterior a la transferencia si puede ser opuesto judicialmente al adquirente, quien si puede ser eviccionado.

El saneamiento por las perturbaciones de derecho de un tercero, opera cuando este ha obtenido una sentencia o resolución administrativa firme con la cual despoja (evicciona) del bien al adquirente; si no hay evicción no hay saneamiento; este procede sobre hechos consumados. Contrariamente, el saneamiento por las perturbaciones de derecho del transferente, es de carácter

preventivo; tiene por fin evitar que el adquirente sea eviccionado del bien.

La teoría del hecho personal o propio fue conocida desde la antigüedad. En el Derecho greco-egipcio el vendedor estaba en la obligación de no molestar al comprador. “Aun en los papiros del siglo II antes de Cristo la obligación es asumida por el vendedor en nombre suyo y de sus herederos. Sólo a partir del siglo IV después de Jesucristo las indicaciones explícitas a la garantía por hecho personal son cada vez más raras, y las cláusulas de garantía, bajo la influencia romana, no hacen sino prever los ataques de terceros. Mientras en los papiros greco-egipcios el vendedor declara que no obrará contra el negocio y que responderá si otro obra, en los papiros árabes informados en el Derecho romano la obligación de garantía es genérica y específicamente asumida, también contra las pretensiones de terceros”. El Derecho faraónico impulso la garantía también por los hechos de terceros. En el Derecho romano, el vendedor y sus herederos estaban prohibidos de realizar actos contra el comprador y estaban obligados a defender al comprador contra las ofensas de terceros. El comprador tenía la *exceptio doli*, por la que el vendedor era considerado doloso y condenado por tal si reivindicaba lo vendido. Al lado de la *exceptio doli* surgió la *exceptio in factum*, por la cual el hecho que se excepciona es el contrato de compraventa, de cuya eficacia responde el vendedor. La *exceptio rei venditae et traditae* surgió para proteger la propiedad bonitaria contra la quiritaria; Marcelo (Digesto, 21, 3, 1, 1) “informa que si el fundo vendido por ti se convierte, después en tuyo, la reivindicación podrá ser rechazada con la *exceptio rei venditae et traditae*”. En el Medioevo, el vendedor no puede volver a tomar lo que vendió y está obligado a defender al comprador contra las pretensiones de terceros[88].

Autores como Badenes[89] rechazan el saneamiento por hechos personales del transferente, por constituir éstos una forma de incumplimiento o dolo del transferente. Consideran que el hecho propio no es otra cosa que los vicios no declarados, entrega

[88] Badenes Gasset, Ramón, ob. cit., p. 587 y ss.
[89] Badenes Gasset, Ramón, ob. Cit., p. 584.

defectuosa del bien, incumplimiento o dolo, por lo que puede prescindirse de este concepto. Hablar de saneamiento por evicción por hecho propio del transferente es como decir que aunque se pacte que el transferente no está obligado al saneamiento, siempre está obligado por dolo. El hecho propio del transferente es un hecho doloso. Como en toda obligación, la de saneamiento no puede desaparecer por hecho propio del transferente. Son estas las razones por las que los códigos civiles de España, Alemania, Grecia, Grecia, Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Brasil, México, al igual que el Código suizo de las obligaciones, no regulan el saneamiento por hecho propio del transferente.

Contrariamente a esta doctrina, como hemos explicado antes, nuestro Código civil establece que el transferente de un bien en propiedad, uso o posesión está obligado al saneamiento por hecho propio que disminuya el valor del bien, lo haga inútil para la finalidad de su adquisición, o reduzca sus cualidades para este efecto.

2. Derecho de optar por la acción resolutoria o por la estimatoria

> **Artículo 1525.-** *En razón del saneamiento por hecho propio del transferente, el adquirente puede ejercer las acciones previstas en los artículos 1511 y 1513. Estas acciones son excluyentes.*

En razón del saneamiento por hecho propio del transferente, el adquirente puede optar entre pedir la resolución del contrato o que se le pague lo que el bien vale de menos en el momento de ejercerse la acción de pago (acción *quanti minoris*), teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, y, en uno u otro caso, la indemnización de daños, cuando el transferente, en ejercicio de sus hechos personales, ha incurrido en dolo o culpa[90].

[90] La Corte Suprema ha resuelto: Tratándose de la transferencia de un bien que de lugar al saneamiento por hecho propio del transferente, la misma autorizará al adquirente a ejercer de modo excluyente las acciones redhibitoria o estimatoria, a partir de las cuales el transferente quedará obligado al pago de los tributos que como consecuencia del acto traslativo hayan sido asumidos por el adquirente, entre otros conceptos. De lo cual se colige que si éste no ejercita ninguna de las dos acciones mencionadas, no podrá exigir por la vía de saneamiento el pago de los referidos tributos (Exp. Nº 4047-1999- Lima, en *El Código civil* en su jurisprudencia, ob. cit., p. 569).

3. Caducidad

Artículo 1526.- *Los plazos de las acciones de que trata el artículo 1525 son los indicados en el artículo 1514.*

La acción resolutoria y la *quanti minoris* caducan a los tres meses si se tratan de bienes muebles y a los seis, si son inmuebles. Por ser estos plazos de caducidad, el juez los puede declarar de oficio o a petición de parte (art. 2006).

4. Excepción de saneamiento

Artículo 1527.- *Si el transferente entabla acción judicial destinada a enervar cualesquiera de los derechos sobre el bien que corresponden al adquirente en virtud del contrato, tiene éste la facultad de deducir la excepción de saneamiento, cuyo objeto es poner definitivamente fin al juicio.*

Si el transferente demanda judicialmente con el fin de enervar cualesquiera de los derechos que el mismo ha transferido mediante un contrato, el adquirente tiene la facultad de deducir la excepción de saneamiento, como un medio de defensa de fondo, con el fin de poner término definitivamente al proceso judicial.

El transferente no puede demandar de evicción al adquirente. La obligación con prestación de no hacer del transferente, puede ser esgrimida por el adquirente como excepción de saneamiento frente a cualquier pretensión de evicción de dicho transferente. Esto se expresa en la máxima: *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

La excepción de saneamiento, que el art. 1527 confiere al adquirente, no es de naturaleza procesal, pues, no está comprendida en la enumeración taxativa que hace el art. 446 del Código Procesal Civil (CPC) sobre las únicas excepciones que puede proponer el demandado, sino es una excepción de naturaleza material, un medio de defensa previa que se propone y tramita como excepción (art. 455 del CPC). No está destinada a suspender el proceso como ocurre con otras defensas previas (art. 456), sino que su objeto es atacar el fondo del asunto y poner definitivamente fin al proceso judicial.

5. Pacto de liberación de la obligación de sanear

> **Artículo 1528.-** *Es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo.*
>
> *Sin embargo, puede ser válida, a juicio del juez, la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación debe expresarse en el contrato*.

La obligación *saneamiento por evicción* o por *vicios ocultos* puede ser modificada ampliándola o reduciéndola o exonerando al transferente. En cambio, sobre la base de la regla general que establece que a nadie se le puede exonerar de las consecuencias de su propio dolo o culpa, no es posible limitar o exonerar al transferente de su obligación de *sanear por sus hechos personales* con los cuales disminuya el valor del bien que ha transferido o impida que éste sea destinado para el fin de la adquisición o reduca sus cualidades para que pueda servir para dicho fin, siendo nulo todo pacto en contrario.

En otros términos, la norma del art. 1528, al disponer que es nulo el pacto de liberación o limitación de la obligación de sanear por hecho propio del transferente (*pactum de non praestanda evictione*), constituye una excepción a la regla del art. 1489 que prescribe que se puede restringir o suprimir la obligación de saneamiento.

En cambio, no hay ningún inconveniente para que se amplíe la obligación de saneamiento por hecho propio del transferente, como, por ejemplo, que se obligue a sanear por las consecuencias derivadas del caso fortuito.

En principio, todo pacto de limitación o exclusión de la obligación de saneamiento es nulo cuando el enajenante ha obrado de mala fe. Si la ley permitiera que el transferente, mediante pacto, quede liberado o se limite su obligación de sanear proveniente de sus propios hechos, se le estaría exonerando del resultado de su dolo o culpa, en abierta contradicción del principio de la buena fe que rige el cumplimiento de los contratos.

El art. 1628 del *Code Napoleon* prescribe: "Aunque se hubiese pactado que el vendedor no estará sujeto a garantía alguna, permanece sin embargo obligado a la que resulte de un hecho personal suyo. Toda convención contraria es nula"[91]. Comentando este artículo, Fuzier Hermann y Darras, citado por Barandiarán[92], expresa: "Por lo demás, este artículo no debe ser entendido en un sentido rigurosamente literal. Si el texto prohíbe colocar los hechos personales del vendedor bajo el beneficio de la cláusula de irresponsabilidad se puede, sin embargo, someter bajo el imperio de esta disposición los daños que puedan resultar eventualmente de un hecho concreto que constituya el ejercicio de un derecho. Ha sido juzgado a este respecto que una compañía concesionaria de minas que vende terrenos situados en el perímetro de su explotación, puede estipular válidamente que no deberá ninguna garantía al adquirente por razón del perjuicio que pueda resultar para el terreno adquirido por los trabajos subterráneos de explotación regular de la mina. Tal situación que no exonera a la compañía de las consecuencias mismas de su culpa, no tiene nada de contraria al orden público".

La jurisprudencia francesa ha resuelto que el vendedor, quien debe garantizar al adquirente, está obligado a responder de sus propios hechos, por lo que no puede él mismo eviccionar al adquirente invocando la prescripción adquisitiva para hacerse reconocer propietario de la cosa vendida, de la cual ha conservado la posesión; al adquirente está siempre reservado el derecho de oponer la excepción de garantía, la cual es perpetua[93].

El Código civil italiano en su art. 1487 dispone: "Los contratantes pueden aumentar o disminuir los efectos de la garantía y pueden pactar además que el vendedor no quede sujeto a garantía alguna. Aun cuando se pacte la exclusión de la garantía, el vendedor está siempre obligado por la evicción derivada de un

[91] Code Napoleon: Art. 1628. Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis á aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel: toute convention contraire est nulle.

[92] Barandiarán, José León, ob. cit., p. 224.

[93] Cil. 3°, 20 0ct. 1981, en *Code Civil*, Dalloz, 1990-91, p. 1054.

hecho suyo propio. Es nulo todo pacto en contrario". Belmonte[94], comentando este artículo, dice que el pacto de exclusión de la garantía, denominado *pactum de non praestanda evictione*, y, por tanto, es nulo si ha sido incluido en el contrato, cuando la evicción derive, directa o inmediatamente, de un hecho propio del vendedor. En realidad, en esta hipótesis, se está fuera del concepto de garantía (obligación de saneamiento), en cuanto que se puede garantizar sólo con relación a eventos que no deriven de hecho propio; el abstenerse de perturbar a la contraparte es una obligación que incumbe a todos, no solo al vendedor. Por tanto, está claro que, aunque en silencio del Código, el vendedor no podrá valerse del *pactun de non praestanda evictione*, cuando ha vendido sucesivamente a dos personas y la segunda (habiendo, por ejemplo, inscrito primero) reclamase el derecho comprado por la primera.

Un principio general reza que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara (art. 219.7). La norma contenida en el primer párrafo del art. 1528 es una aplicación de este principio cuando establece que "es nulo el pacto mediante el cual se pretende liberar o limitar la obligación de saneamiento del transferente por un hecho voluntario suyo". No es nulo el contrato, sino solamente el pacto de liberación de responsabilidad del transferente, por tanto, no se trata de una nulidad total, sino parcial. La mencionada norma del art. 1528 es de carácter imperativo por lo que no admite pacto en contrario (art. 1354). Excepcionalmente, por disposición del segundo párrafo del art. 1528, "puede ser válida, a juicio del juez, la exoneración o limitación del saneamiento por hechos concretos, cuya justificación debe expresarse en el contrato". Es decir, el juez puede declarar la validez del pacto de liberación de la obligación de sanear, cuando se haya especificado el hecho concreto que puede realizar el transferente que constituya el ejercicio de un derecho.

Los *antecedentes normativos* del art. 1528 son: el art. 1417 del Código de 1852 que disponía: "Aunque se hubiese pactado

[94] Belmonte, Guido, Mario de Simone, Adriano Florentino, Antonio Guarino, Giussepe Mirabelli, ob. cit., p. 19.

que no quede sujeto el vendedor á saneamiento, lo estará sin embargo al que resulte de un hecho personal suyo; todo pacto contrario es nulo"; el art. 1372 del Código de 1936, el cual disponía: "Aunque se hubiese pactado que no quede sujeto el enajenante a saneamiento, lo estará sin embargo al que resulte de un hecho personal suyo; todo pacto en contrario es nulo". Estos dispositivos reproducen el art. 1628 del *Code Napoleon*.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL CONCEPTO DE BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

VARGAS MACHUCA, Roxana. "Análisis sistemático del concepto de Buena Fe en el Código Civil de 1984". Advocatus. Pág. 139-156

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL CONCEPTO DE BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

ROXANA JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA
Profesora de Obligaciones
Universidad de Lima
Asistente de Docencia de Contratos Típicos
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

Introducción. 1. Principios Generales del Derecho. 2. Concepto de Buena Fe. 2.1 ¿Es la Buena Fe un principio general o un estándar, supuesto de hecho normativo? 3. Clases de Buena Fe. 3.1 Buena Fe objetiva. 3.2 Buena Fe subjetiva. 4. La Buena Fe en el articulado del Código Civil. 4.1 Artículos que asumen el criterio objetivo de la Buena Fe. 4.2 Artículos que asumen el criterio subjetivo de la Buena Fe. 5. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, enmarcado en una metodología dogmática y sistemática, tiene por finalidad realizar un análisis sistemático y un estudio horizontal de la institución jurídica de la Buena Fe a través del Código Civil, con el propósito de explicitar y entender el matiz que adquiere en cada uno de los distintos dispositivos donde ha sido recogida.

La Buena Fe, elevada a la categoría de principio general del Derecho en la doctrina moderna, y consagrada positivamente en varios ordenamientos jurídicos en sus manifestaciones objetiva y subjetiva, en nuestro Código Civil no ha recibido un tratamiento unitario y menos aun sistemático. De ahí nuestro interés en estudiar horizontalmente esta institución para obtener, de su análisis, el concepto de Buena Fe consagrado en el Código Civil y la orientación del mismo en sus vertientes objetiva y subjetiva.

Con tal fin, analizaremos todos los artículos del Código Civil que hacen referencia a la Buena Fe, como principio general, regla, estándar jurídico (supuesto de hecho) y/o error o ignorancia.

A pesar de que abordaremos cada numeral del Código Civil que contenga esta institución, no se trata de un estudio exegético. Nuestro enfoque será, más bien, dogmático y sistemático. Dogmático, pues comentaremos y cuestionaremos los artículos a la luz de la doctrina moderna; sistemático, en tanto relacionaremos cada uno de dichos artículos con el concepto de Buena Fe que el Código emplea.

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Nuestro Código Civil prescribe explícitamente la aplicación de los principios generales del Derecho por los jueces en caso de ausencia de normas o por deficiencia de las existentes.[1]

[1] Artículo VIII (Título Preliminar).- "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano."

Esto significa que los principios generales del Derecho son las vías o los medios de interpretación de la ley que siempre debe emplear el intérprete de la misma. Quiere decir, entonces, que son fuente del Derecho[2]. Y si bien la norma establece que es el juez el llamado a aplicar tales principios para no dejar de administrar justicia, esto, evidentemente, no quiere decir que sólo al interior de un Tribunal se puede hacer uso de ellos, sino que los operadores del Derecho en su totalidad debemos encontrarnos en condiciones de emplearlos, esto es, conociéndolos y entendiéndolos para así poder integrarlos de manera coherente a las instituciones jurídicas.

Pero, ¿qué son los principios generales del derecho? ¿Se puede hablar de conceptos con características y requisitos taxativos, como una suerte de recetario exacto de aplicación universal? No lo creemos así puesto que, por un lado, su función es interpretativa y, por otro, debemos considerar a la tradición jurídica en que nos encontramos. En efecto, nuestra tradición romano-germánica, que optó por la Codificación por influencia absoluta y contundente del Código Napoleón, requiere de principios de interpretación para un Derecho formado por normas que tienden a la permanencia. Si consideramos que la sociedad es una variable (por oposición a una constante) en la que se interrelacionan, en continuo y perpetuo movimiento, la costumbre, los cambios sociales, políticos y económicos, así como los avances tecnológicos, no podemos suponer que un sistema codificado podría subsumir dentro de sí a todo ese cúmulo de relaciones humanas, jurígenas por naturaleza. No es factible, pues, la existencia de un sistema cerrado.

Para Franz Wieacker, "...la aplicación del Derecho no puede limitarse a la realización de una figura lógica acabada, esto es, de un juicio analítico, sino que es siempre interpretación. [...] Rara vez la configuración necesariamente general de la norma jurídica permite, ante las inagotables posibilidades de los concretos conflictos, aquella concreción que hace que sean suficientes simples juicios analíticos. La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta."[3]

Así, los principios generales vienen a ser como la "bocanada de aire fresco" que requiere el sistema para poder conservar su validez y vigencia: hacen posible la flexibilización de este último. Hay una relación de interdependencia entre las normas y los principios generales: éstos intervienen en la creación de aquéllas (las normas son un reflejo de lo que es y lo que debe ser una sociedad, y para ello debe recogerla) y, luego, se debe acudir a ellos a fin de interpretarlas. Esta relación entre el principio general y el caso concreto no debe considerarse simplistamente como la subordinación lógica de lo particular a lo general. Es como un circuito de retroalimentación inductivo-deductivo.

En este sentido, Wieacker no considera que la aplicación de los principios generales "haya de hacerse mediante la recepción in complexu de representaciones valorativas de carácter ético-social general, sino más bien mediante la actualización individual y voluntaria del Derecho en la sentencia."[4]

Sobre el particular, Antonio Hernández Gil señala enfáticamente que "Los principios generales del derecho, en lugar de quedar postergados al limitado auxilio de ser fuente subsidiaria de último grado, pasan a ocupar un primer plano en su función informadora del ordenamiento, lo cual significa, también, que no se extraen exclusivamente de la regulación ya formulada, en virtud de una inducción generalizadora, sino que tienen una existencia previa y propia, por lo que nutren y vivifican la ordenación legal, haciendo posible el logro de cotas inalcanzables sin su concurso."[5]

---

2 La Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984 incluye en su Proyecto a los principios generales del derecho como fuente del derecho, dándoles de esta forma el lugar que les corresponde dentro de nuestro ordenamiento jurídico. De la Exposición de Motivos de dicho Proyecto se puede inferir la importancia asignada al rol de los principios generales como integradores del ordenamiento jurídico, incluyendo a los tres categorías de principios con valor o fuerza normativo reconocidos por la doctrina: "...principios explícitos o expresamente recogidos en alguna disposición normativa; principios implícitos obtenidos por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de normas, y principios extrasistemáticos o totalmente inexpresos, formados a partir de la Constitución material o de alguna filosofía, oral o política que se supone inspira el razonamiento en su conjunto, pero que no se puede decir razonablemente que constituyan el significado de una disposición. Estos últimos no pueden ser inferidos de las normas." El criterio para incluir todos los supuestos es el de superar "una unión puramente positivista". El texto aprobado del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil es el siguiente: Artículo I.- "Son fuentes del derecho peruano: 1. Las normas legales. 2. La costumbre. 3. Los principios generales del derecho. 4. La jurisprudencia, con los alcances que establece la ley." Cfr. Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas (contiene los proyectos presentados por las subcomisiones de la Comisión. Encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil Peruano). Instituto de Investigación Jurídico-Notarial (INDEJ) y Gaceta Jurídica Editores S.R.Ltda., Lima, 1998, pp. 51-53.

3 WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1982, p. 39.

4 WIEACKER, Franz. Op. Cit, pp. 40-41.

5 HERNANDEZ GIL, Antonio. Conceptos Jurídicos Fundamentales (capítulo: La concepción ética y unitaria de buena fe). Obras Completas, Tomo I. Madrid, Editorial Esposa Calpe S.A., 1987, p. 553.

Asimismo, Hernández Gil indica que el Código (si bien se refiere al Código español, la referencia es aplicable a los Códigos Civiles en general) no tiene pretensiones de exclusividad bajo ningún punto de vista, y que sus "...remisiones a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la buena fe como criterios rectores de la libertad civil, ponen de manifiesto también que la ley no se basta por sí sola por mucha que sea su imaginación previsora: de ahí que el propio Código repute indispensable la cooperación no sólo de fuentes formales distintas, sino de otros módulos superiores que valoran la conducta de un modo esencial y paradigmático."[6]

En opinión de José Luis de los Mozos "...los principios generales del Derecho no son consecuencia de las disposiciones legales, sino que inspiran a éstas «convirtiéndose de conjunto orgánico en unidad vital»" y, de esta forma, a través de estos principios, se filtra la realidad en el ordenamiento jurídico.[7] El mismo autor señala que los principios generales "...no sólo facilitan la aplicación de la máxima iura novit curia, sino que tienden un puente entre el código y su propia tradición jurídica, transformando el sistema cerrado, propio de la ideología de la codificación, en un sistema abierto."[8]

2. CONCEPTO DE BUENA FE

La doctrina no es unánime en cuanto al concepto de la buena fe; sin embargo, en un aspecto sí existe consenso. Como explica Manuel de la Puente, la buena fe es considerada como "...un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil. Quizá por eso RIPERT (...), en su afán de encontrar en la regla moral el fundamento de la conducta humana, dice que 'la buena fe es uno de los medios utilizados por el legislador y los tribunales para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo.'"[9]

Existen múltiples definiciones de la buena fe, orientadas todas a su aspecto ético, moral, socialmente deseable; mas no hay, como expresáramos, un criterio unívoco en cuanto a su aspecto jurídico, es decir, en cuanto a su función exacta, a su operatividad dentro del Derecho.

2.1 ¿Es la Buena Fe un principio general, o un estándar, supuesto de hecho normativo?

Para Díez-Picazo, la buena fe puede presentarse por dos vertientes. Por un lado, una idea escueta de buena fe, como un supuesto de hecho normativo; por otro, como un principio general.

Así, la buena fe a secas es un estándar o modelo ideal de conducta social, la misma que se considera como paradigmática. Constituye "...un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. Por ejemplo: el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo...". En cambio, la buena fe como principio general "no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe."[10]

Para este autor, en suma, la buena fe contemplada en los distintos ordenamientos jurídicos cuenta con una pluralidad de matices y de consecuencias, de las que él destaca las siguientes:

---

6 HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. Cit, p. 354.

7 Véase DE LOS MOZOS, José Luis. Derecho Civil. Método, Sistemas y Categorías Jurídicas. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1998, p. 221.

8 Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis. Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho. En: "Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina". Roma, Mucchi Editore, 1996, p. 39.

9 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1993, vol. XI, tomo II, pp. 34.

10 Prólogo de Luis Díez-Picazo a la obra de Franz WIEACKER, Op. Cit, pp. 11-13.

Nuestro Código Civil es asistemático en su tratamiento de la buena fe; adolece de una falta de homogeneidad en la conceptualización de dicha figura. Así, por ejemplo, la considera un principio general interpretativo de los contratos y los actos jurídicos (pero mientras que en el artículo relativo a los actos jurídicos se le denomina principio, en el correspondiente a los contratos sólo se menciona que los contratos se regirán según "las reglas de la buena fe y común intención de las partes").

Asimismo, conforme veremos en la parte del análisis del articulado del Código, existen, diseminadas por la casi totalidad de los Libros, disposiciones que aluden a la buena fe; algunas como requisito para alcanzar un derecho, otras como condición expresa para la validez de ciertas formas jurídicas. En algunos casos nos encontraremos con formas subjetivas y en otros con formas objetivas de concebir a la buena fe (hemos mencionado que tanto la doctrina como la práctica legislativa asignan dos grandes significados a la buena fe; uno objetivo o ético y el otro subjetivo o psicológico, como veremos).

En cualquier caso, nuestro ordenamiento siempre tuvo en su ratio legis a la buena fe como principio general del Derecho, por lo que la Comisión de Reforma del Código Civil ha aprobado su inclusión expresa en el Título Preliminar, adicionalmente al artículo ya mencionado en que se integran los principios generales del Derecho como fuentes del derecho peruano. Así, tenemos que el tenor del artículo V del Título Preliminar del Proyecto de Reforma del Código es el siguiente:

Artículo V.- "Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe."

De esta forma, se eleva a la categoría formal de principio a la buena fe, para todos los casos, ya sea en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber.[15]

La buena fe, en resumidas cuentas, como principio general del Derecho, constituye una vía de comunicación del Derecho con la moral social, y esto enfatiza su predominante connotación ética, lo cual supone la canalización del derecho hacia sus metas más puras.

Esta reflexión, sin embargo, debe ser precisada para evitar caer en ambigüedades o idealismos sin asidero: no todo puede sernos dado o impuesto, particularmente en aspectos que son parte del trasfondo de la buena fe (la cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza), los mismos que constituyen valores y realidades que pueden ser propiciados por las leyes, pero si no hay cooperación ciudadana no son plenamente alcanzables. Por ello la ley no se dirige con estos preceptos a la sociedad para someterla a sus normas, sino para buscar en ella modelos de conducta que son difíciles de instrumentar técnicamente, precisamente por su enraizamiento en la vida.[16]

3. CLASES DE BUENA FE

La buena fe puede entenderse en sentido objetivo o ético, o en sentido subjetivo o psicológico. Resulta indiscutible que, para cada caso en particular, el análisis de la existencia de la buena fe requerirá de distintos métodos y proposiciones, y, por ende, tomará diferentes caminos.

3.1 Buena Fe objetiva

La buena fe objetiva es la que, en términos generales, se manifiesta como un criterio del comportamiento conscientemente asumido. Se juzga la conducta del sujeto, a fin de determinar si alcanza el nivel exigible, es decir, si se encuentra en concordancia con las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. En otras palabras, la buena fe objetiva evalúa si este comportamiento se ajusta al prototipo –objetivo- de conducta social, basado en reglas objetivas; es, pues, la aplicación de una regla impersonal. Se encuentra más allá de la psicología del individuo, es un principio general cuya aplicación se realiza mediante la comparación del comportamiento del individuo con un estándar o arquetipo jurídico. Este actuar es impuesto al agente, independientemente de sus creencias personales; es una regla de conducta leal aplicable a todos. El obligado por la buena fe objetiva debe actuar con lealtad al margen de la confianza que inspire su comportamiento.

En palabras de Martínez-Calcerrada, la buena fe "No supone la creencia o ignorancia que justifica un error – buena fe en sentido subjetivo-, sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas en base a los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia."[17]

---

15 Al respecto, el Proyecto de la Comisión Especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1984 señala que "El ejercicio de un derecho subjetivo o el cumplimiento de una obligación, ya sea legal o convencional, no es conforme a la buena fe cuando se realiza en condiciones de deslealtad o contrariando principios que la conciencia jurídica considera necesarios, aun cuando no estén impuestos explícitamente por el legislador o la costumbre." Ver Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas. Op. Cit., pp. 57-58.

16 Cfr. HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. Cit, p. 556.

17 Citado por HERNANDEZ GIL, Antonio. Op. Cit, p. 559.

Marcial Rubio destaca la polarización de opiniones entre quienes sostienen el carácter objetivo de la buena fe y quienes consideran que ésta es un concepto de interpretación subjetiva, citando la célebre polémica entre Watcher y Bruns: "...mientras a juicio de Watcher el concepto de buena fe indica la simple ignorancia de vulnerar el derecho de los otros y se resuelve en una falsa creencia (...) determinada por un error cualquiera, Bruns afirma, contrariamente, que este concepto, lejos de concernir a los propósitos íntimos del agente, designa (...) la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el que se sellan los acuerdos y se ejecutan los comportamientos en la sociedad humana. (...) Bruns (...) vuelca la atención al contenido exterior y observable del actuar y por tanto no al animus y a la experiencia emocional que lo caracterizan, insistiendo en cada caso sobre la honestidad y corrección, y considerando irrelevante su pensar, su deseo o creencia."[18]

Sin embargo, como explica Rubio, hay quien señala que en el fondo ambos convergían en la teoría de la buena fe subjetiva, pues mientras que Wachter la basaba en la ignorancia subjetiva de estar vulnerando derechos de terceros, Bruns lo hacía en el error excusable en relación a los comportamiento probos y leales. Y el error es también subjetivo.

Según Guillermo Borda "el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (...) Así un juez puesto a dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta".[19] Este criterio supone un estándar de la conducta que observaría una persona honorable y correcta.

Sobre el sentido objetivo de la buena fe, la Comisón encargada de elaborar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano señala que "se juzga la conducta del individuo y se estima que tiene buena fe cuando dicha conducta se ajusta a lo que es recto y honesto. La buena fe es en este sentido lo que se llama un 'estándar jurídico', es decir, una conducta que socialmente se considera como arquetipo."[20]

Manuel de la Puente[21] resume las características de la buena fe objetiva en seis:

1. Es un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
2. Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
3. Se aprecia la conducta prescindiendo del punto de vista subjetivo de las partes. En cambio, se emplea para tal fin un criterio objetivo.
4. No obstante, esta objetividad no implica que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. La buena fe objetiva no sirve de escudo a quien actúa con dolo o culpa.
5. El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, que no es otra cosa que un prototipo de conducta social media.
6. El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

3.2 Buena Fe subjetiva

La buena fe subjetiva, como su propio nombre lo indica, apunta al sujeto, a la intención o creencia con que obra éste. La buena fe subjetiva es la situación de un individuo en relación a una circunstancia en particular, que lo induce a creer algo. Este concepto está íntimamente ligado al error excusable; el Derecho otorga al agente un tratamiento favorable por creer de buena fe que su comportamiento está en conformidad con la legalidad. El acento se centra en el estado psicológico del sujeto, quien tiene la convicción personal de que su conducta es acorde a Derecho.

En palabras de Marcial Rubio, la buena fe subjetiva "atañe a la subjetividad del actuar y que, por lo tanto, tiene que ver con los datos de la situación psicológica del agente."[22]

---

18 Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Lima, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 236-237.

19 Ver BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 131.

20 Cfr. Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestos. Op. Cit., p. 57.

21 Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit, pp. 33-34.

22 Ver RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit, p. 237.

Según la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, la buena fe subjetiva "se refiere a la intención de las personas o a su creencia en el obrar. Es el caso del poseedor ilegítimo, que tiene buena fe cuando cree en su legitimidad, bien sea por ignorancia o error."[23]

De los Mozos,[24] por su parte, considera que en el Derecho "...la buena fe es también creencia, como en la moral; mas aquella creencia distínguese de ésta en la norma que preside: mientras la buena fe en la moral se funda en la obediencia al precepto que nos manda ser buenos y puros; en el derecho se funda en la convicción de no haber obrado en contra de las normas jurídicas, de no haber realizado una injusticia." Para De la Puente,[25] en fin, son siete las características de la buena fe subjetiva:

1. Es una creencia personal del sujeto respecto de que su conducta, su actuación es conforme a Derecho (esto es, que tiene un contenido ético).
2. Esta creencia, si bien es subjetiva, no es candorosa sino razonada, puesto que el agente ha apreciado los elementos de juicio que se encontraban a su disposición.
3. La apreciación del sujeto agente es fruto de su diligencia (ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio).
4. En este proceso de formación de la creencia el sujeto no ha actuado con dolo o culpa.
5. La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.
6. Esta creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, es decir, hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.
7. El Derecho otorga un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

4. LA BUENA FE EN EL ARTICULADO DEL CÓDIGO CIVIL

A lo largo de nuestro Código Civil existen 46 dispositivos que hacen referencia expresa a la buena fe, abarcando temas de notable importancia en siete de los diez Libros que lo conforman: Acto Jurídico, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Fuentes de las Obligaciones y Registros Públicos. Lamentablemente, como veremos, en su conjunto dicho cuerpo legal carece de un concepto sistemático del tema.

Los artículos que mencionan a la buena fe dentro del Código Civil son los siguientes:

Artículos 168, 194, 197, 274, 277, 284, 285, 665, 666, 671, 827, 865, 903, 906, 907, 908, 914, 937, 941, 942, 944, 945, 946, 948, 950, 951, 1040, 1135, 1136, 1210, 1223, 1268, 1270, 1271, 1272, 1276, 1362, 1372, 1495, 1670, 1708, 1810, 1945, 2014, 2034 y 2038.

Los artículos que incorporan el criterio de la buena fe objetivo son únicamente dos: los artículos 168 y 1362.

Los artículos que incorporan el criterio de la buena fe subjetiva son en total cuarenticuatro:

Artículos 194, 197, 274, 277, 284, 285, 665, 666, 671, 827, 865, 903, 907, 908, 914, 937, 941, 942, 944, 945, 946, 948, 950, 951, 1040, 1135, 1136, 1210, 1223, 1268, 1270, 1271, 1272, 1276, 1362, 1372, 1495, 1670, 1708, 1810, 1945, 2014, 2034 y 2038.

Sólo uno de los artículos incluye ambos criterios (objetivo y subjetivo) en su interior: el artículo 1362.

4.1 Artículos que asumen el criterio objetivo de la Buena Fe

Artículo 168.- *"El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe."*

Este artículo resulta de especial relevancia e interés en la evaluación del papel de la buena fe en el Código Civil. En primer lugar, se encuentra ubicado en el "corazón" de la vida jurídica civil: la interpretación del acto jurídico. Prescribiendo a la buena fe como principio interpretativo del acto jurídico, es aplicable a todos los actos (unilaterales y bilaterales, con contenido patrimonial y sin él) y, por tanto, se la está definiendo como principio general del Derecho.

Asimismo, en este artículo el concepto de buena fe es claramente objetivo. En efecto, al prescribir que la interpretación del acto jurídico deba necesariamente efectuarse de acuerdo al principio de la buena fe, y estando el acto jurídico inmerso -por definición de la propia norma y de acuerdo a la dogmática general vi-

23 Así lo expresa la Exposición de Motivos. Ver Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas. Op. Cit., p. 57.
24 Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis. El principio de la buena fe. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1965, p. 32.
25 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit., vol. XI, tomo II, p. 30.

gente del tema- en la declaración de voluntad (la misma que constituye una exteriorización de tal voluntad), no podría entenderse bajo ningún punto de vista que se refiera a la voluntad interna, psicológica; a la creencia personal no declarada del sujeto. Se parte de que la voluntad interna corresponde a la voluntad expresada a que alude el Código. Esta presunción lleva al intérprete a regirse bajo los criterios sociales generales (prototipo de conducta social media) que informan cómo interpretar tal expresión (estándar jurídico, aquí como instrumento objetivo del principio general).

Cabe recordar que la única excepción a este criterio objetivo que evalúa la conducta del agente es la existencia de dolo o culpa que éste pretenda ocultar bajo tal expresión de voluntad.

Artículo 1362.- *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".*

Este numeral del Código es otro caso de particular trascendencia en cuanto al concepto de buena fe a aplicar.

En primer lugar, por tratarse de un artículo que describe cómo deben negociarse, celebrarse y ejecutarse los contratos, viene a ser un modelo a aplicar a todo el libro de fuentes de las obligaciones. En otras palabras, la buena fe debe estar presente en todas las etapas de la contratación.

Por ello, resulta imprescindible conocer a qué categoría de buena fe se debe recurrir. Hemos visto cómo es que nuestro Código no adopta una posición única o unívoca respecto de la aplicación de la buena fe. Ello podría conducir a error, ya que los alcances de la buena fe objetiva (particularmente en lo relativo a responsabilidad) son muy distintos de los de la buena fe subjetiva.

La teoría de los contratos se fundamenta en gran parte en los usos y las costumbres del mercado y de la sociedad en general, según el caso. Estos, como sabemos, son expresiones socialmente conocidas y aceptadas, es decir, se trata de estándares.

Ahora bien, este precepto habla de tres etapas de los contratos, a saber: la negociación, la celebración y la ejecución. Consideramos adecuado referirnos a cada una de ellas.

La etapa de la negociación puede ser corta o más prolongada, dependiendo de las partes, del grado de complejidad del negocio y de la información que se requiera. La negociación se podría alargar en función de la cantidad de reuniones y tratos preliminares, en los que las partes realizan cálculos, hacen consultas, se asesoran, vuelven con nuevas sugerencias, reciben propuestas y evalúan los costos y beneficios que conllevarían llegar al acuerdo. A veces esta etapa dura un tiempo considerable, terminando con la oferta final, que cierra la libertad de proseguir con las tratativas, ya que aquí sólo queda aceptar (con lo cual se ingresa en la etapa de celebración del contrato), o no aceptar (expresa o tácitamente), con lo que se acaba –o se trunca- todo el proceso.

Esta etapa (de la negociación) tiene su razón de ser en la necesidad de que las partes negociantes desean asegurar sus respectivas posiciones e intereses para así situarse en las mejores condiciones para celebrar el contrato. La obligación de buena fe en este caso entonces debe entenderse en sentido objetivo, ya que la conducta exigible a las partes se debe evaluar según el estándar jurídico del hombre correcto y razonable (reiteramos que no se puede incluir aquí al dolo o culpa). Los deberes de respeto a la lealtad y a la corrección que se exigen a las partes, se resumen en deber de información, deber de claridad, deber de secreto y deber de custodia.[26]

En cuanto a la etapa de celebración, se parte de la base de la buena fe objetiva (lealtad), por la evaluación de las declaraciones de voluntad de ambas partes, que configuran signos exteriores y cuyos parámetros son socialmente aceptados, y que deben corresponder (presunción) a sus respectivas voluntades internas. Los deberes de los contratantes originados en la buena fe, en este sentido, son de exactitud y claridad en sus declaraciones, así como de investigación respecto de la otra parte. Sin embargo, en estos casos también existe un nivel de buena fe subjetiva. Esto se debe a que la confianza de una de las partes en la declaración de la otra da lugar a la celebración del contrato. El sujeto no sólo debe creer en la correspondencia entre su propia voluntad y su exteriorización, sino en la correspondencia de la voluntad de la otra parte y su exteriorización. No es, pues, una regla de conducta impuesta, sino una confianza razonable en la otra parte.

Finalmente, en la etapa final de la contratación, constituida por la ejecución del contrato, la buena fe reviste carácter objetivo, ya que es la etapa de actuación de sus efectos jurídicos. Aquí lo relevante es que cada parte cumpla su respectiva obligación contraída según lo pactado.

26 Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit., vol. XI, tomo II, pp. 59-60.

4.2 Artículos que asumen el criterio subjetivo de la Buena Fe

Artículo 194.- *"La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente."*

La buena fe que este supuesto exige es el desconocimiento o ignorancia del sujeto que ha adquirido derechos de un titular que en realidad no era tal. Se basa en la creencia personal del agente de que tanto su conducta como la de su contraparte es conforme a Derecho. Se trata, por tanto, de buena fe en su acepción subjetiva, porque mide la conducta del individuo en función de su estado psicológico y no de un patrón estándar de conducta social alguna.

Sin perjuicio de lo expresado, podemos afirmar que se agrega a esta interpretación de buena fe el requisito de que el tercero mencionado haya adquirido el derecho a título oneroso. Esto implica que si bien en términos generales la buena fe se interpretará en su concepto subjetivo, la norma también introdujo un elemento objetivo, que actúa como una presunción de buena fe: la adquisición a título oneroso. En efecto, el Derecho suele desconfiar de los actos a título gratuito y tiende a favorecer a los adquirentes a título oneroso, como en este caso. El requisito de onerosidad viene a ser una suerte de límite al carácter subjetivo de la buena fe en este supuesto: no basta la ignorancia, la creencia íntima y personal del sujeto, hace falta además que la adquisición se haya realizado, objetivamente, a título oneroso.

Artículo 197.- *"La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe."*

Este numeral se refiere al fraude en el acto jurídico. Aquí también la norma concede una prerrogativa a los terceros adquirentes que actuaron en la creencia de la actuación correcta de la otra parte, así como en la concordancia entre su propia voluntad con su declaración de voluntad. Se trata del fraude cometido por otros, ignorado por este tercero. Nuevamente la buena fe se asimila al desconocimiento, con el requisito adicional de que la adquisición se haya realizado a título oneroso. Repetimos los comentarios realizados en ocasión del artículo 194, sobre simulación del acto jurídico.

Artículo 274.- *"Es nulo el matrimonio:*

(...)

3.Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de éste sólo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe.

En el caso del matrimonio contraído por el cónyuge de quien fue declarado presuntamente muerto, es de aplicación el artículo 68.

(...)

8. De quienes lo celebren con prescindencia de los trámites establecidos en los artículos 248 a 268. No obstante, queda convalidado si los contrayentes han actuado de buena fe y se subsana la omisión.

(...)."

El inciso 3 de este artículo, referente a la nulidad del matrimonio del casado, alude a la buena fe de su segundo cónyuge. Se trata de un criterio de buena fe subjetiva pura, ya que la ignorancia del segundo cónyuge al contraer matrimonio basta. No se requiere de un patrón de conducta establecido socialmente, sino que se funda en la creencia personal del sujeto (segundo cónyuge) respecto de que su conducta ha sido conforme a Derecho. A su vez, es preciso recalcar que el criterio de buena fe subjetivo no admite que esta creencia sea candorosa o inverosímil, sino razonada, habiendo apreciado dicho sujeto los elementos de juicio que se encontraban a su disposición; es decir, se requiere un mínimo de diligencia. De lo contrario, sería casi imposible distinguir la buena fe en su sentido subjetivo de la negligencia y hasta de la culpa.

El supuesto del inciso 8 reviste una complejidad algo mayor que el inciso anterior, ya que en el caso anterior la presunción de ignorancia es completamente factible. En cambio, en este supuesto, la ignorancia de alguno de las partes (en este caso, de ambas partes) es de difícil suposición, salvo en ciudades apartadas o de difícil acceso de información, o si la situación de las partes (analfabetismo, engaño de un tercero, etc.) haya hecho factible tal desconocimiento. En todo caso, la buena fe aplicable es la subjetiva, ya que, además de la diligencia ordinaria –tomando en consideración la condición social de las partes-, el presupuesto para su existencia es el error excusable o la ignorancia. No hay criterios objetivos sociales que obedezcan a patrones establecidos de conducta. La buena fe corresponde a un estado psicológico.

Artículo 277.- "Es anulable el matrimonio:

(...)

8. De quien, de buena fe, lo celebra ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio."

Este artículo enumera las causales de anulabilidad del matrimonio. La norma no establece un criterio objetivo que interprete o juzgue la conducta de las partes que contrajeron matrimonio ante funcionario incompetente. Se trata, pues, del principio de buena fe aplicado bajo la acepción de que la creencia (honestidad) del agente; en la correlación entre su creer y su actuar. Esta creencia recae tanto en su propia conducta como en la de la otra persona con quien se relaciona (su cónyuge). La solución favorable del Derecho a quien actúa en esta ignorancia es otro de los factores por los cuales puede apreciarse el criterio subjetivo de la buena fe para el caso particular. Basta que una de las partes haya actuado de buena fe para que la ley le confiera (sólo a ella) el derecho de ejercitar la acción. Es decir, es su potestad que el matrimonio se anule o no.

Artículo 284.- *"El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio.*

Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.

El error de derecho no perjudica la buena fe."

Este numeral establece nuevamente el beneficio de la buena fe subjetiva al contrayente o a los contrayentes que obraron con la convicción personal de su propia honestidad y la creencia de la corrección de la otra parte. Se dio una ignorancia no naive sino producto de una diligente evaluación de los elementos de juicio que se encontraban a su disposición a la hora de contraer matrimonio. Se trata, pues de una "razonable ignorancia" de los hechos que condicionaron la invalidez del acto que se realizó. En este caso, entonces, se debe indagar la buena fe del agente en su interior personal, es decir, en su subjetividad frente a la celebración.

Este mismo artículo establece que el error de derecho no perjudica la buena fe. Respecto al error de derecho, el artículo 202, inciso 3, del Código Civil señala que es esencial cuando ha sido la razón única o determinante del acto. En este supuesto, siendo el matrimonio una institución jurídica que no puede producir efectos similares a otra institución, el error de derecho aquí no permitiría lograr los resultados propuestos, por lo que sería de aplicación la norma de acto jurídico citada. Sin embargo, se favorece con la intangibilidad de la buena fe subjetiva el caso de error de derecho en el matrimonio, debido a una decisión del legislador orientada probablemente a salvaguardar los derechos del contrayente o los hijos que serían perjudicados con la invalidez del matrimonio (status de hijos extramatrimoniales, padre o madre soltero, además de los efectos patrimoniales).

Artículo 285.- *"El matrimonio invalidado produce los efectos de un matrimonio válido disuelto por divorcio, frente a los terceros que hubieran actuado de buena fe."*

Este es un claro caso de buena fe subjetiva. La norma presume la buena fe del tercero -quien realizó actos jurídicos en base a tal matrimonio- que desconocía la invalidez o la causal de invalidez de dicho matrimonio. Nuevamente se trata de ignorancia, y lo que se debe indagar es la conducta subjetiva de dicho tercero y no la aplicación de estándar jurídico de conducta social media alguna. El beneficio o premio por tal buena fe personal es la no invalidez de los actos realizados por los terceros con motivo del matrimonio invalidado y, en cambio, la validez de los efectos de un matrimonio válido que se hubiera disuelto por divorcio.

Artículo 665.- *"La acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos.*

Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotado demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título."

Este artículo aparenta, a priori, aplicar la noción de buena fe objetiva, al establecer la pauta o patrón objetivo de conducta que el agente debe observar para que su acto jurídico no se vea perjudicado. Esto es, en el caso de los bienes no registrados, el contrato a título oneroso celebrado por el tercero con el heredero aparente que entró en posesión de ellos, y en el caso de los bienes registrados, la existencia de registro en que aparezca el título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor. El deber del tercero

de buena fe es obrar con diligencia, constatando la existencia de tales inscripciones y a la vez adquirir el bien a título oneroso.

No obstante, esta buena fe objetiva adquiere la condición de subjetiva al concordar el artículo bajo comentario con el artículo 2014, que establece que la buena fe de este tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Aquí la presunción objetiva (que era iuris et de iure) se vuelve una presunción subjetiva, condicionada -iuris tantum- a la ignorancia del sujeto. Se lleva entonces la buena fe a la subjetividad del individuo, quien confía en la inscripción y es beneficiado por tal honestidad.

Artículo 666.- *"El poseedor de buena fe que hubiese enajenado un bien hereditario está obligado a restituir su precio al heredero y si se le adeudara, se transmitirá a este último el derecho de cobrarlo. En todos los casos, el poseedor de mala fe está obligado a resarcir al heredero el valor del bien y de sus frutos y a indemnizarle el perjuicio que le hubiera ocasionado."*

Este precepto también contempla el caso de la buena fe en su criterio subjetivo. No hay sanción a su acto, sino únicamente la restitución de la situación original: tendrá que entregar al verdadero propietario el precio que recibió, y en caso no lo hubiese recibido aún, le trasmitirá su derecho a cobrarlo. Basta que haya actuado en la plena convicción personal de que su conducta fue acorde a Derecho al momento de enajenar el bien.

La mala fe mencionada en este mismo numeral vendría a ser lo opuesto a buena fe, y los efectos (castigo) son claros: restitución del valor (no del precio) del bien y de sus frutos, además de la indemnización por el perjuicio ocasionado.

Artículo 671.- *"Declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666."*

Nos remitimos a lo expresado al comentar los artículos 665 y 666.

Artículo 827.- *"La nulidad del matrimonio por haber sido celebrado con persona que estaba impedida de contraerlo no afecta los derechos sucesorios del cónyuge que lo contrajo de buena fe, salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante."*

Este numeral alude al supuesto de quien se casó de buena fe con quien ya estaba casado. En ese caso, el segundo matrimonio es nulo, pero la norma, para salvaguardar los derechos del segundo cónyuge, quien posiblemente fue engañado, dispone que éste pueda concurrir a la sucesión del bígamo con los derechos correspondientes al cónyuge supérstite, pero siempre y cuando el primer cónyuge haya fallecido antes que el causante. Si este cónyuge lo sobrevive, entonces el segundo cónyuge (cuyo matrimonio se anuló) no hereda.

La buena fe exigida a este cónyuge que tiene la posibilidad de heredar en caso el cónyuge legítimo haya premuerto, es el desconocimiento de la existencia del primer matrimonio, habiendo actuado con la común diligencia (creencia subjetiva pero razonada y no candorosa). No se aplica un arquetipo establecido de comportamiento, sino la creencia de estar obrando conforme a ley al momento de la celebración de su matrimonio.

Artículo 865.- *"Es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor, la pretensión es imprescriptible y se tramita como proceso de conocimiento.*

La nulidad no afecta los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso."

Otro claro supuesto de buena fe subjetiva. El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso[27] no se ve afectado en sus derechos aun en el caso de nulidad de partición cuando ésta se lleva a cabo con preterición de algún sucesor. El estado psicológico del tercero es lo relevante a fin de establecer la existencia de la buena fe, y no a un prototipo de conducta social media.

Artículo 903.- *"Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.*

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario."

Este precepto del Código tiene una variante respecto de los artículos que hemos analizado anteriormente, relativos al tercero adquirente de buena fe a quien se le incluye como elemento objetivo -dentro de la acepción de buena fe subjetiva- el requisito de ser ad-

27 Como hemos expresado anteriormente, la ley siempre amparo al adquirente a título oneroso, no así a quien adquiere a título gratuito; a este último no le alcanza ningún tipo de beneficio proveniente de la buena fe.

quirente a título oneroso, debido a que en este artículo no se hace referencia alguna al carácter gratuito u oneroso (lo cual no es sólo una excepción a la buena fe en estos casos, sino una excepción en general a todos los supuestos en que interviene el elemento de la gratuidad). Ahora bien, la exigencia formal es que le hayan hecho entrega de los objetos; esto quiere decir que junto con la buena fe subjetiva (desconocimiento honesto y razonable de la existencia de los documentos [28]), debe darse la tradición del bien o los bienes. La conjunción de estos dos supuestos viabiliza la presunción a favor del adquirente. La buena fe, como sucede con la acepción subjetiva, es iuris tantum.

Artículo 906.- *"La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título."*

De la sola lectura de este artículo puede inferirse su carácter netamente subjetivista, ya que habla explícitamente de la honesta creencia (fe/fides) del poseedor ilegítimo de que su título es legítimo. Inclusive menciona las causas que originaron tal creencia: ignorancia o error (de hecho o de derecho) sobre el vicio que invalida su título. No requiere este sujeto de ningún tipo de estándar de conducta establecido (prototipo de conducta social media), ya que su convicción de haber actuado conforme a Derecho basta para conformar el supuesto de buena fe.

Conviene resaltar que este es el único artículo que brinda una definición de buena fe, en la que marcadamente se describe a la buena fe subjetiva ("...cuando el poseedor cree en su legitimidad.."). Ahora bien, la tendencia más marcada en los derechos reales es a las calificaciones subjetivas. El problema de haber efectuado una definición de una de las clases de buena fe en un artículo en particular es que se presta a confusión, pudiendo creerse que constituye una definición unívoca que recorre todas las instituciones del Código Civil. Y lo cierto es que, como hemos visto, no se le puede aplicar como concepto único indiscriminadamente, puesto que existen casos en que la buena fe no es un criterio subjetivo, sino un criterio objetivo, sujeto a un protolipo de conducta definido.

Artículo 907.- *"La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada."*

Esta norma es también, evidentemente, relativa a la buena fe subjetiva, por lo que remitimos a la reflexión realizada en el artículo anterior. La única nota adicional la constituye la determinación de la duración de la buena fe que, por cierto, va a la par de la convicción o creencia de posesión legítima por parte del poseedor ilegítimo.

Artículo 908.- *"El poseedor de buena fe hace suyos los frutos."*

Esta norma favorece al poseedor ilegítimo que cree en la legitimidad de su posesión -por ignorancia o error- y mientras dure su buena fe, podrá hacer suyos los frutos del bien que posee. Es una típica disposición de buena fe subjetiva.

Artículo 914.- *"Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario.*

La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona."

Como hemos mencionado con anterioridad, la presunción iuris tantum va de la mano con la concepción subjetiva de la buena fe. Hemos visto cómo esta característica se mantiene coherente a lo largo de los artículos que contienen la buena fe subjetiva. En tanto, y contrario sensu, la buena fe en su acepción objetiva, esto es, sujeta a reglas o estándares jurídicos objetivos de conducta, no podría asumir esta presunción, ya que desvirtuaría el concepto y finalidad de la buena fe objetiva. Devendría en la inoperatividad de cualquiera de las dos, ya sea la presunción, o el criterio objetivo de buena fe.

Empero, si el bien es registrable, hay un requisito objetivo que rompe la presunción anotada, y es el deber de averiguar si dicho bien se encuentra inscrito. Sin embargo, este requisito no convierte la buena fe consignada en este artículo en objetiva, ya que en el caso de bienes registrables, verificar su inscripción constituye la diligencia ordinaria mínima y elemental que se debe tener; quien no lo hace incurre en negligencia, escapando ya al concepto de ignorancia o error de la propia buena fe subjetiva.

Artículo 937.- *"El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada."*

Otro precepto de buena fe subjetiva. El artífice debe ignorar que emplea materia ajena en la elaboración

28 Es práctica corriente, particularmente en los negocios que implican transporte (traslado) o almacenamiento autorizado de aduana, que la transferencia de la propiedad se realice mediante la entrega de los documentos correspondientes que los representan (factura comercial, conocimiento de embarque o guía aérea endosada, póliza, certificado de inspección de ser el caso, etc.). En estos casos la tradición se realiza en forma ficta.

del objeto. Este artilice se ve favorecido por la presunción de buena fe en tanto que no debe indemnizar al propietario del material por el daño que le hubiese ocasionado de haber hecho uso de él, tan sólo tendrá que restituirle el valor de dicho material.

Artículo 941.- *"Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno."*

La buena fe se evalúa en este supuesto también desde la perspectiva del sujeto, de sus intenciones íntimos, personales, de su creencia de haber estado actuando conforme a Derecho respecto del terreno en el cual construyó. El resto del artículo es la opción que tiene el propietario del suelo de hacer suyo lo construido o recibir del invasor el valor de su terreno.

En ningún caso se configura la obligación de indemnización por los daños causados al propietario; esto, en virtud de la buena fe con que actuó el constructor.

Artículo 942.- *"Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno."*

Este supuesto es el mismo del artículo anterior, pero bajo la hipótesis de que el propietario haya actuado de mala fe. Consideramos que la mala fe –a pesar de que no es objeto de este trabajo- podría configurarse por la mera ausencia de buena fe, esto es, por el conocimiento que tenía el propietario del error en que estaba incurriendo el constructor al iniciar su edificación, con la intención de apropiarse de lo construido a un costo inferior al de mercado. Entonces, para guardar simetría con el precepto anterior, el invasor de buena fe sería quien tiene la opción.

Artículo 944.- *"Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido.*

Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943."

Extendemos a este supuesto los comentarios efectuados con motivo del análisis del artículo anterior, indicando, sin embargo, que la hipótesis incluye el silencio del propietario del suelo invadido. Se trata de la acepción subjetiva de la buena fe del constructor, siempre relacionada a la creencia personal de estar actuando conforme a Derecho.

Artículo 945.- *"El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados.*

Si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica el párrafo anterior; pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

La buena fe se entiende y se interpreta desde su concepción subjetiva, en forma similar a la que venimos estudiando en los numerales precedentes. La única diferencia es que en este caso –por tratarse de materiales consumibles, cuya utilización ocasionó una privación de empleo por el verdadero propietario- el agente deberá no sólo restituir el material sino indemnizar al propietario.

Artículo 946.- *"El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario.*

Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.

En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe."

El comportamiento del sujeto debe evaluarse en función de sus intenciones subjetivas, de la creencia de estar actuando de acuerdo a ley. Si se considera que actuó conforme a los dictados de su conciencia, entonces se le atribuye la buena fe subjetiva, con lo cual se queda con la cría y sólo deberá restituir el valor del elemento reproductor ajeno. En ausencia de tal buena fe (aquí, como dijimos, la mala fe es la ausencia de buena fe, debido a que la buena fe subjetiva es simplemente el desconocimiento de haber empleado elementos ajenos) se configura la mala fe, la misma que es sancionada con una suerte de indemnización ascendiente al triple del valor del elemento ajeno que empleó.

Artículo 948.- *"Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble,*

adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal."

La buena fe en este supuesto se interpreta desde su concepción subjetivista, es decir, tomando en consideración la creencia (ignorancia razonable) de estar actuando conforme a Derecho. La subjetividad personal del agente en relación a la adquisición realizada es lo que se evalúa a fin de determinar si hubo o no buena fe. Esto lo beneficia en cuanto al dominio del bien.

Artículo 950.- *"La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.*

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe."

En este caso la buena fe podría entenderse como objetiva por confundirla con la exigencia de un justo título, además de la posesión continua, pacífica y pública. Sin embargo, esto no es así, puesto que la intención del sujeto, su creencia personal se requiere también, ya que de lo contrario la norma no situaría el requisito de buena fe al lado de los demás. El poseedor debe estar dotado, a fin de adquirir por prescripción corta, de justo título, posesión y además la buena fe subjetiva, es decir, la creencia de que es propietario, o lo que es lo mismo para el caso, la ignorancia o el error en el mismo sentido.

Artículo 951.- *"La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay."*

Este supuesto de adquisición por prescripción (para bienes muebles), al igual que en el supuesto anterior, se basa en la buena fe subjetiva. El poseedor debe estar en la plena convicción personal de su calidad de propietario, es decir, estar en un error.

Artículo 1040.- *"Sólo las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción, mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o durante diez años sin estos requisitos."*

Es el mismo supuesto que el de adquisición por prescripción para la propiedad inmueble, por lo que nos remitimos a lo expresado al realizar el comentario correspondiente.

Artículo 1135.- *"Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua."*

La prioridad que se asigna a la buena fe, como un premio al comportamiento honesto ante el posible abuso o mala fe de quien comprometió con varios acreedores el mismo inmueble (y a quien posiblemente se le había ya pagado la adquisición), establece el orden de prelación para el concurso de acreedores. En primer lugar, se beneficia al acreedor de buena fe, para lo cual, como dijimos, se evalúa la condición subjetiva en la que tal acreedor adquirió el inmueble; debe haberlo realizado con la convicción de obrar conforme a Derecho. Esto quiere decir que actuó con ignorancia o desconocimiento de la existencia de otros "propietarios". Luego de este primer –y fundamental- requisito, para establecer el orden de prioridad posterior, la norma exige la concurrencia de una serie de elementos.

Artículo 1136.- *"Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua."*

No habiendo diferencias sustanciales con el artículo precedente, remitimos a lo expuesto en su comentario.

Artículo 1210.- *"La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión."*

Este artículo tiene una naturaleza algo extraña. Se habla, por un lado, del cesionario de buena fe, es decir, del cesionario cuya situación en relación a la circunstancia particular de la cesión lo indujo a creer que ésta era factible. El concepto de buena fe subjetiva, como sabemos, está íntimamente ligado al error excusable; el Derecho otorga al agente un tratamiento favorable por creer honestamente que su comportamiento está en conformidad con la legalidad. En suma, para que este cesionario configurase el presupuesto de buena fe, debía desconocer el pacto por el que las dos partes prohibían o restringían la cesión. Desde el momento en que lo conoce y aun así conviene en ser cesionario, ya no, por definición, incurre en buena fe. A nuestro entender, en este artículo sobra la alusión a la buena fe del cesionario, puesto que nada cambia sin ella.

En todo caso, a este cesionario de "buena fe" se le puede oponer el pacto de prohibición o restricción de la cesión, de modo que igual no surte efectos.

Artículo 1223.- *"Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo.*

Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado."

Este es otro artículo típico de buena fe en su sentido subjetivo. La buena fe en este caso se refiere a la ignorancia "honesta" de quien recibe el pago en el sentido de la incapacidad del que realizó dicho pago. En este caso, la buena fe subjetiva beneficia al agente, cuya obligación se reduce a devolver tan sólo lo que no hubiese consumido (bienes consumibles) o gastado (dinero).

Artículo 1268.- *"Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor."*

Aquí la buena fe subjetiva beneficia a quien recibe de buena fe el pago indebido, es decir, en la creencia personal absoluta que tal pago le correspondía. Si el sujeto que actuó de buena fe (recibió el pago indebido) hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor, a consecuencia de dicho pago (que él consideraba legítimo), entonces queda liberado de la obligación de restituir. La buena fe le exime de cualquier responsabilidad derivada de su error. Se trata, pues, de un error excusable.

Artículo 1270.- *"Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios."*

Este supuesto de mala fe es exactamente el contrario (la otra cara de la moneda) del supuesto del artículo comentado anteriormente. Aquí la mala fe es la ausencia de buena fe. En pocas palabras, quien está en conocimiento de que el pago que se le está pretendiendo realizar es indebido, y aun así lo recibe, incurre en mala fe. Ya dijimos que en la mayoría de supuestos de buena fe subjetiva, la falta de ésta configura la mala fe, sin que existan zonas grises entre una y otra.

La mala fe se castiga restituyendo e indemnizando.

Artículo 1271.- *"El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido."*

Este supuesto se basa en la misma premisa del artículo 1268, ya comentado. El matiz está en que este agente receptor (de buena fe) de un pago indebido no ha inutilizado el título ni efectuado ninguna de las acciones de tal artículo, sino que simplemente ha dado uso al bien que indebidamente se le entregó. En este caso, por haberlo recibido de buena fe (con la convicción personal de la legitimidad de su condición de titular de dicho crédito), debe restituirlo (esta solución, aparentemente por error -omisión- del legislador, no se encuentra en este artículo sino -en concordancia- en el siguiente), así como los intereses o frutos percibidos. Asimismo, si lo perdió, responde por cuanto se enriqueció con tales frutos o intereses.

Artículo 1272.- *"Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviere buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo."*

Es otro ejemplo del carácter subjetivo de la buena fe, referido a circunstancias personales y del momento que llevaron al agente a actuar en la creencia que su recepción de pago estaba en conformidad a su derecho.

Por lo demás, este artículo, como mencionamos, complementa el 1271.

Artículo 1276.- *"Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.*

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la prestación, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios."

Nuevamente la buena fe de quien acepta un pago indebido deberá calificarse según el criterio subjetivo de su situación al momento de realizar dicho acto. Se asocia en este caso más al error que a la ignorancia.

Asimismo, se vuelve a considerar a la mala fe como ausencia de buena fe (como expresamos anteriormente, el margen es nulo entre la buena fe subjetiva y su contraparte de mala fe). Si la persona actuó con buena fe (honestidad), sólo debe restituir la parte en que se benefició. En cambio, la mala fe le obliga a la restitución del íntegro más una indemnización.

Artículo 1372.- *"La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.*

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible, debe reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe."

Este numeral adolece de cierta ambigüedad en cuanto a los derechos adquiridos de buena fe. ¿A quién se refiere, a las partes o a los terceros? El artículo que éste abrogó si establecía claramente que eran los derechos de los terceros adquiridos de buena fe los que no se perjudicaban.

En todo caso, por extensión se comprende que se trata de los derechos adquiridos de buena fe durante la vigencia del contrato, y que los sujetos comprendidos deben ser tanto las partes como terceros adquirentes de buena fe, a quienes no les debe perjudicar ni la rescisión ni la resolución del contrato.

Esta buena fe es subjetiva, derivada de la actuación del sujeto (parte o tercero) al adquirir el derecho respectivo. No hay estándares de conducta impuestos, sino únicamente la creencia interna de haber actuado conforme a Derecho.

Artículo 1495.- *"El adquirente tiene en virtud del saneamiento el derecho de pedirle al transferente:*

(...)

3. Los frutos devengados por el bien durante el tiempo que lo poseyó de buena fe o su valor, si fue obligado a devolverlos con el mismo bien.

(...)

6. Todas las mejoras hechas de buena fe por el adquirente, no abonadas por el evincente.

(...)."

Este numeral, sobre el saneamiento por evicción, se refiere a los derechos del adquirente respecto del transferente. Son dos casos en que se evalúa el elemento de la buena fe, en el inciso 3 y en el inciso 6. En ambos casos su buena fe está relacionada con la condición subjetiva o psicológica del adquirente con respecto al vicio de la transferencia. El elemento de confianza se encuentra inmerso para efectos de la medición de la buena fe.

Artículo 1670.- *"Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta."*

Remitimos a los comentarios efectuados en los artículos 1135 y 1136.

Artículo 1708.- *"En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:*

(...)

3. Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe."

Este supuesto alude al adquirente de buena fe de uno o más bienes muebles que se encontraban bajo contrato de arrendamiento. Si este adquirente recibió la posesión de buena fe, entonces ya no está obligado a respetar el contrato de arrendamiento. Esta buena fe es subjetiva, como sabemos, y alude a la conducta del adquirente basada en la convicción de ser el único propietario o, dicho en otras palabras, en la ignorancia razonable de la existencia de que dicho bien se encontraba en arrendamiento.

Artículo 1810.- *"El mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe."*

La buena fe a que se refiere este artículo se valorará tomando en cuenta la subjetividad del tercero que contrató con el mandatario, vale decir, su estado psicológico y las circunstancias que le indujeron a creer que tal mandatario actuaba a título propio.

Artículo 1945.- *"Las deudas de los juegos y las apuestas a que se refieren los artículos 1943 y 1944 no pueden ser materia de novación, otorgamiento de garantía para su pago, ni cualquier otro acto jurídico que encubra o envuelva su reconocimiento. Empero, la nulidad no puede oponerse al tercero de buena fe.*

Estas deudas tampoco pueden ser objeto de emisión de títulos de crédito a la orden del ganador y en contra del perdedor, salvo los derechos del tercero de buena fe."

Estos artículos aluden a las deudas provenientes del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943) y prohibidos (artículo 1944). Estas deudas, como sabemos, son inexigibles. Sin embargo, el tercero de buena fe, que desconocía de la procedencia de dicha obligación (las deudas provenientes del juego y la apuesta no autorizados devienen en obligaciones naturales, es decir, deberes morales sin capacidad de coacción) no puede verse afectado por su nulidad.

Resulta evidente que el criterio de la buena fe consignado en este numeral es subjetivo, correspondiendo a la valoración subjetiva de la creencia del tercero.

Artículo 2014.- *"El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.*

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro."

En el presente supuesto, la buena fe se circunscribe a la condición psicológica de quien adquiere a título oneroso algún derecho de otra persona que figura en el registro como facultada para disponer del bien. Esta es la llamada buena fe registral, que susbsiste mientras no se quiebre la presunción de la buena fe subjetiva, es decir, mientras no se pruebe que este tercero sabía que esta inscripción no estaba acorde a la realidad. La buena fe subjetiva, como ya sabemos, está basada en la ignorancia o el error excusable al que una persona llega en virtud de una creencia personal motivada por las circunstancias particulares que rodean su caso.

Artículo 2034.- *"La falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar."*

De no existir la seguridad que brinda el registro, los actos y contratos que celebren los terceros a título oneroso y de buena fe no serán afectados por actos previos realizados por otros en el mismo lugar. Resulta evidente que el criterio de la buena fe para este supuesto es subjetivo, es decir, la convicción o certeza de estar obrando conforme a Derecho. Hay un elemento de ignorancia que da paso a la buena fe. Los actos a títulos gratuito, aunque haya existido buena fe, no tendrán este amparo.

Artículo 2038.- *"El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos."*

En esta norma, finalmente, la buena fe se encuentra encuadrada en el criterio subjetivo de quien contrata bajo la fe registral. Es de notar el carácter oneroso de la transacción como requisito que acompaña a la buena fe subjetiva.

5. CONCLUSIONES

El Código Civil de 1984 no tiene una definición unívoca del concepto de buena fe. No es sistemático al respecto. Sin embargo, luego de realizar el análisis horizontal, recorriendo cada Libro del Código, hemos podido constatar que de la lectura de la norma misma y, en función al tipo de problema de que se trate, se puede deducir cuál es el concepto o la vertiente que se utiliza.

La doctrina, como hemos analizado, se inclina mayoritariamente (salvo pocas excepciones) a clasificar a la buena fe en dos grandes tipos: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. Nuestro Código sigue tal clasificación al interior de sus dispositivos, debido a que alberga tanto a normas de buena fe objetiva (referida a un esquema o patrón establecido de conducta, socialmente aceptado y encuadrado en el ordenamiento) con las que la conducta de los individuos en sus interrelaciones humanas se puede medir objetivamente, como a normas de buena fe subjetiva (referidas a un estado psicológico del sujeto, quien tiene la convicción personal de que su conducta es acorde a Derecho).

Tampoco queda claro de la lectura del Código si es que se le considera un principio general del Derecho, ya que si bien se le menciona como tal en el artículo 168, en la mayor parte de los demás artículos es considerada como un criterio de valor subjetivo, aplicable más a los derechos que a los deberes.

Se pretende que este Código sigue una línea objetiva, mas del examen realizado hemos podido constatar que la tendencia continúa siendo la subjetividad.

En efecto, de los 46 artículos del Código que hacen referencia expresa a la buena fe, sólo dos (artículos 168 y 1362) de ellos pertenecen a la categoría de buena fe objetiva. El resto alude a la buena fe subjetiva, es decir, a la que toma en cuenta la casuística, el caso concreto, con sus particularidades personales subjetivas. Sin embargo, resulta una suerte de ironía que estos dos artículos sean precisamente los que elevan a la categoría de principio general a la buena fe; en particular, el numeral correspondiente a la interpretación del acto jurídico.

La buena fe en el Código es a veces considerada como un derecho y a veces como un deber. Se podría concluir que cuando es de aplicación el estándar objetivo de la buena fe, es para aplicarla a los deberes. Contrario sensu, el criterio subjetivo de la buena fe se aplica cuando se trata de derechos.

Por otro lado, las presunciones también varían según se trate de buena fe objetiva o de buena fe subjetiva. Será iuris et de iure cuando sea de aplicación la buena fe objetiva, y iuris tantum en la buena fe subjetiva.

En relación a la mala fe, la buena fe como principio trasciende a aquélla; sin embargo, en casi la totalidad de artículos que aplican la buena fe subjetiva se regula a la mala fe como la simple ausencia de buena fe. Esto se debe a que en los supuestos de buena fe subjetiva ésta se reduce a la mera ignorancia o error excusable, que vuelve como "inimputable" al agente. Basta, pues, que se pruebe que tiene conocimiento para que ingrese al campo de la mala fe.

Por lo expuesto, consideramos que la buena fe debe elevarse a la categoría formal de principio general del Derecho, por lo que estamos de acuerdo con la orientación en ese sentido de la propuesta de reforma aprobada en el Pleno de la Comisión de Reforma del Código Civil vigente.

Por último, y a fin de "darle a cada cosa el nombre que le corresponde", sería, a nuestro criterio, óptimo, más real, y a la vez unificador del concepto de buena fe, que a lo que se llama "buena fe subjetiva" -que no es otra cosa que la ignorancia o el error excusable-, se le denomine de esa forma y, por ende, se le evalúe a la luz de esos conceptos.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

TARAZONA ALVARADO, Fernando. "Algunas consideraciones sobre el principio de fe pública registral". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Fernando Tarazona Alvarado[1]
Vicepresidente del Tribunal Registral

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto. 3. El Tercero Registral. 4. Conclusión

1. INDRODUCCIÓN

De acuerdo a nuestro ordenamiento legal la transferencia de propiedad sobre inmuebles opera con el solo surgimiento de la obligación, conforme se señala en el artículo[2] del Código Civil, recogiéndose de esta manera el sistema de transferencia espiritualista o francés.

El problema de la adopción de dicho sistema de transferencia de propiedad es su falta de publicidad, situación que trae inconvenientes para los propietarios y los terceros, ya que al no haber una mayor publicidad de la propiedad del inmueble, estos no tendrán certeza de la titularidad aducida por el contratante para efectos de adquirir el inmueble u otorgar un crédito con garantía hipotecaria, situación que afecta el valor de bien en el mercado.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la función primordial de todo derecho de propiedad es permitir el uso, disfrute y disposición del bien de la manera más eficiente posible, resulta imprescindible su publicidad, porque sólo de esta manera se excluye a los demás del ejercicio de los atributos de dicha propiedad, con el consiguiente incentivo al titular de invertir en el bien, a sabiendas que el uso y disfrute será excluido, así como los eventuales frutos o productos que obtenga; proceso que Bullard denomina internalización de las externalidades[3]. Es a través de la oportunidad, que el propietario asume los beneficios y costos (externalidades) de la tenencia de la propiedad[4].
No basta por tanto, la simple adquisición del derecho de propiedad –la tenencia del título-, para el ejercicio pleno de los atributos de la propiedad, sino, que además, se hace necesario la exclusión de los demás –oportunidad *erga omnes.*

Para el logro de dicho cometido: hace oponible la propiedad a los terceros, se requiere de algún mecanismo adicional al título adquisitivo, que publicite la titularidad, mecanismo que pueda estar constituido por la posesión o por el Registro.

El Registro tiene ventaja sobre la posesión como mecanismo publicitario porque permite que más personas puedan conocer de la titularidad del bien a través de la publicidad de la partida del bien registrado, sin necesidad de tener contacto con el bien, como sucede con la posesión.

Sin embargo no siempre el Registro será el mecanismo idóneo para publicitar la titularidad del bien, Así, tenemos que en el caso de los bienes fungibles, como los lapiceros o mesas, su falta de identificación que permita diferenciarlo de los demás, impedirá su registro. En estos casos, la posesión se constituye en un mejor mecanismo publicitario.

En cambio, en los bienes que no son fungibles, como los inmuebles o los vehículos, sí resulta conveniente optar por el registro como medio publicitario de la propiedad, atendiendo a su mayor alcance frente a la posesión.

En el caso de los predios, el Registro se constituye como el mecanismo publicitario de la propiedad y demás derechos, conforme se desprende del inciso 1 del artículo 2019[5] del código sustantiva.
De esta manera, si bien la propiedad de los inmuebles se transfiere con la sola obligación, sin embargo para su oponibilidad a los demás, requiere que además se inscriba en el Registro, conforme se desprende de los artículos 1135[6], 2013[7] y 2022[8] del Código Civil, normas en las que se establecen una serie de seguridades para el propietario que además inscribió su derecho, dándosele preferencia incluso sobre el adquirente anterior que no registró su propiedad.

De esta forma, de acuerdo a nuestro sistema legal, para ser propietario pleno de un inmueble no basta la sola tenencia del título adquisitivo (contrato de compra venta, dación en pago, permuta, testamento, etc), sino que además, se hace necesaria su inscripción en el Registro, porque sólo de esta manera se garantiza su oponibilidad a los terceros, y por tanto su exclusión, corrigiéndose de esta forma el sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado, porque, al margen de la titularidad que se tenga, se da preferencia a aquella que se encuentra registrada, y por tanto, publicidad, otorgándose seguridad estática y dinámica al sistema legal, con el consiguiente beneficio para la sociedad, manifestada en el uso más eficiente del inmueble y en la reducción de los costos de transacción.

La seguridad estática se manifiesta en el hecho que el propietario de un inmueble no verá usurpada su propiedad por terceros. En caso de producirse dicha afectación a su titularidad, la ley le franquea los mecanismos necesarios para hacer prevalecer su derecho, por lo que tendrá incentivos para invertir en dicho bien; y la seguridad dinámica, se manifiesta en el hecho que quien contrate en base a la información contenida en el Registro, no se verá perjudicado por circunstancias no registradas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien se establece al Registro como el mecanismo publicitario de las titularidades sobre los inmuebles, no debe perderse de vista que la propiedad se sigue transfiriendo con la sola obligación, es decir, extrarregistralmente. Por lo tanto, se puede generar la situación que quien aparece en el Registro

como el propietario, en realidad ya no lo sea, por múltiples razones. En esta situación, una vez declarado nulo, rescindido o resuelto el título del transferente, decaería también el título del comprador, aunque haya tenido buena fe y haya inscrito su derecho, conforme al principio romano del Nemo dat quod non habet (nadie puede transferir más derechos del que posee).

Para hacer frente a este supuesto, que por demás resulta ineficiente para la sociedad porque elevaría los costos de transacción al introducir inseguridad jurídica en la transacción inmobiliaria, se ha recogido la institución de la fe pública registral, contemplada en el Art. 2014 del Código Civil, que señala lo siguiente:

“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se apruebe que conocía la inexactitud del registro”.

De esta manera, en mérito a dicha norma, se protege al tercero que de buena fe adquiere un derecho a título oneroso de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, aunque después se anule, resuelva o rescinda el título de su transferencia por causas que no constaban en el Registro.

A continuación se analizarán los alcances de este importante principio.

2. CONCEPTO

Se puede definir al principio de fe pública registral como aquel principio que propende a la protección de los terceros de buena fe que adquirieron un derecho sobre la base de la información proporcionada por el Registro y lo han inscrito, aunque el transferente no tenía dicho título o éste sea anulado, rescindido o resuelto en mérito de causas que no constan en el Registro.

García García señala, refiriéndose a este principio, que es “.. aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición ´a don dominio´ que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley”[9].
Por su parte, Manzano Solano[10], siguiendo a Carretero García, Diez-Picazo y García García, lo define como “(…) el principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición “a non

dominio” que realiza, una vez que ha inscrito su derecho con los requisitos exigidos por la ley”.

Es precisamente la existencia de este principio la que permite al Registro cumplir su función primordial cual es la de dar publicidad de los actos y derechos configurados en la realidad extrarregistral y que han tenido acceso al Registro.

La no existencia de este principio determina la falta de confianza en la información contenida en el Registro, situación que elevaría los costos de transacción, debido a que los terceros tendrían que averiguar en forma previa si los datos suministrados por el Registro corresponden a la realidad extrarregistral.

Debe destacarse que el principio de fe pública registral resulta complementario al principio de legitimación (Art. 2013 C.C.), porque tiende a proteger al tercero que contrató basado justamente en la información que le proporciona al registro, información esta última que se presume válida y legítima.

Si no se contemplara el principio de fe pública registral, no surtiría mayor efecto la legitimación del asiento registral porque no debe olvidarse que nuestro sistema registral no solo es causalista, sino que también es declarativo y no constitutivo, a diferencia del derecho alemán, en que el Registro es abstracto y constitutivo. Por lo tanto, si no se recogiera el principio de fe pública registral, una vez adquirido un inmueble de quien figura en el Registro como propietario, por más que dicha información se presuma válida y exacta (Art. 2013 del Código Civil), no se podría impedir que el tercer adquiriente del derecho se vea privado de ella, por aplicación del principio del *Nemo dat quod non habet.*

Por tanto, mediante la fe pública registral el tercero que contrató basado en la información que le proporcionó el Registro, actuará confiado en dicha información porque sabe que una vez inscrito su derecho no le afectara cualquier modificación que sufra el título de su transferente, por causas que desconocía, al no contar en el Registro. En este sentido, se establece una excepción al principio de que nadie puede transmitir más derechos del que tiene.

Frente al probable conflicto que pudiera existir entre la seguridad estática y la dinámica, el legislador optó claramente por la seguridad dinámica, entendiendo que la función primordial del Registro es la publicidad de los actos a los terceros, para que estos puedan contratar bajo reducidos costos de transacción, y de esta manera, fomentar el tráfico jurídico.

De haberse optado por privilegiar la seguridad estática a la dinámica, si bien se protegería al propietario, ya que podrá recuperar su propiedad, se perjudicaría gravemente la seguridad del tráfico jurídico, ya que el tercero que contrató basado en la publicidad registral se vería perjudicado en su adquisición. En este sentido, el Registro perdería su razón de ser, cual es

la de publicar los actos que recaen sobre bienes y personas con efectos *erga ommen*, función que solo se cumple cabalmente si se protege al tercero que adquirió un derecho basado en la información registral, y lo inscribe, aunque después se anule, rescinda o resuelva.

Asimismo debe señalarse que el principio de fe pública registral resulta complementario con el principio de oportunidad, recogido en el artículo 2022 del código sustantivo, ya que mediante este último se da preferencia al adquiriente del derecho que primeramente inscribió su título, frente a otro que aún no lo hizo, aunque su título sea de fecha anterior. En el caso del principio de fe pública registral no nos encontramos en un supuesto de conflicto de dos titularidades sobre un mismo bien, sino en uno donde una persona adquiere un derecho de quien figura en el Registro con facultades para otorgarlo y en la realidad extrarregistral no tiene tal derecho o ésta es anulada, rescindida o resuelta.

Figura central del principio de fe pública registral lo constituye el tercero registral, quien es aquella persona que recibe la protección del Estado en lo que respecta al mantenimiento de su derecho, aunque se anule, rescinda o resuelva el de su transferente por virtud de causas que no constan en el Registro.

3. EL TERCERO REGISTRAL

3.1 CONCEPTO

El tercero registral es aquel que resulta protegido por el ordenamiento jurídico en el sentido de mantener su derecho inscrito en el Registro aunque el de su transferente se ha anulado, rescindido o resuelto en mérito a causas que no constaban en el Registro.

Al respecto Roca Sastre[11] señala que" es el tercer adquiriente por negocio jurídico del dominio de inmuebles o derechos reales limitados sobre los mismos, que en función del registro inexacto es mantenido en si adquisición por la fe pública registral, siempre que concurran los demás requisitos exigidos por la ley para tal protección.

Es necesario precisar que el tercero registral es distinto al tercero civil, por cuanto este último está referido a aquella persona ajena a una relación jurídica determinada. El tercero registral, en cambio es aquel tercero civil que reuniendo determinados requisitos establecidos por la ley, inscribe su derecho adquirido.

3.2. REQUISITOS

De acuerdo al Art. 2014, para que el tercer adquiriente reciba la protección del derecho, es decir, para que se le considere tercero registral, es necesario que reúna determinados requisitos, a saber: que tenga buena fe, que contrate a título oneroso de quien en el Registro aparezca con facultades para otorgarlo, que del Registro no se

desprenda la causa que dio origen a la nulidad, anulación, rescisión o anulación del derecho del transferente y que inscriba su derecho en el Registro.

A continuación se tratará cada uno de dichos requisitos.

3.2.1. buena fe

Se menciona en el Art. 2014 que el tercero que contrata en base a la información que le proporciona el Registro debe de tener buena fe. Sin embargo no define que debemos de entender por buena fe.

Al respecto, en doctrina se establece que dicha buena fe tiene dos aspectos: uno negativo y uno positivo.

Conforme al aspecto negativo, la buena fe consiste en el desconocimiento de la existencia de una inexactitud registral, es decir, desconocer que la realidad registral discrepa de la extrarregistral.

García García[12], siguiendo esta concepción de la buena fe, la define como el "… desconocimiento de una inexactitud registral (…) Por tanto, se trata de un desconocimiento de situaciones de trascendencia real inmobiliaria, únicas que dan lugar a una inexactitud registral. Los pactos meramente obligados en nada afectan a la buena o mala fe".

Sin embargo al lado de esta concepción existe la positiva, la cual se encuentra vinculada con una creencia. Según esta concepción la buena fe consiste, no solamente en el desconocimiento de la inexactitud registral, sino además en la creencia de que el titular registral efectivamente lo es.

En este sentido pronuncia Vallet de Goytosolo, citado por García Garcia[13] cuando dice que "… la buena fe del tercer adquiriente es " aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es el titular real y puede disponer de dicho derecho". Y en nota añade: "No nos parece suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe, haciéndola equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral. En primer lugar por su carácter meramente negativo, y, por otra parte, porque no refleja con suficiente grafismo el proceso psicológico característico del concepto estudiado".
De la relación del Art. 2014 se desprende que se recoge el aspecto negativo, por cuanto se menciona que "La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro". Sobre el tema, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de noviembre de 1990, se señala que " La buena fe que se le exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo publicado por el registro. (…) En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no

aparecen del registro, ellas deben ser además desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado".

Sin embargo resulta evidente que ambos aspectos de la buena fe se encuentran íntimamente vinculados por cuanto la creencia en la vigencia del derecho del titular registral se basa en el desconocimiento sobre la existencia de algún tipo de inexactitud o falta de concordancia entre la realidad registral y al extrarregistral.

Se discute si la falta de conocimiento acerca de la existencia de inexactitud registral lleva consigo necesariamente a la creencia de que al titular registral le corresponde efectivamente el derecho del que dispone. Sin embargo no hay que perder de vista que lo principal es el desconocimiento acerca de la existencia de inexactitud registral y no tanto la creencia en el derecho.

Como lo destaca García y García[14], "…hay que centrar el concepto de buena fe en el problema del " desconocimiento" y no en el de la "creencia". Todo ello sin perjuicio de que normalmente el "desconocimiento" lleva consigo de modo correlativo un estado de " creencia". Pero esto será una consecuencia y no el concepto definitorio. Este lo constituye únicamente el "desconocimiento".

Se suele discutir si la buena fe exigida debe persistir hasta el momento en que se ingresa el título al Registro, o si sólo es exigible hasta el momento de la adquisición del derecho.

Como exponentes de la primera posición tenemos a Sanz Fernández, mencionado por Díez-Picazo, quien piensa que "…la buena fe ha de tenerse en el momento en que el adquiriente lleva a cabo su inscripción en el Registro, pues, por hipótesis, su adquisición es una adquisición a *non dominio* que solo en ese momento se realiza y solo a partir de ese momento despliega su manto protector el art. 34 (de la ley hipotecaria)[15]".

Sin embargo la posición mayoritaria es la que entiende que la buena fe se debe de determinar al momento de la adquisición del derecho, debido a que es en ese momento en que el tercero toma la decisión de adquirir el derecho, en base a la información obrante en el Registro.

Exigir que este desconocimiento se mantenga hasta la fecha en que se ingresa el título al Registro implicaría crear incertidumbre en las transacciones, situación que conllevaría a un aumento de los costos de transacción, por cuanto el tercero que ya ha contratado basado en la información registral, vería burlada esta seguridad si posteriormente se entera de una causal de nulidad, rescisión o resolución.

Al respecto señala Díez-Picazo[16], comentando el Art. 34 de la Ley Hipotecaria, que "…nosotros creemos como la doctrina general que la buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio

adquisitivo sin que tenga que perdurar hasta el momento de la inscripción. Ello se deduce, a nuestro juicio, de la razón de fondo de la protección del art. 34, que es la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar por consiguiente en el momento en que el acto de tráfico o de comercio se lleva a cabo".

La buena fe se presume, por lo que queda a cargo del perjudicado demostrar que el tercer adquiriente tenía conocimiento de la existencia del defecto del título del disponente. Sin embargo, si del Registro consta aquella circunstancia que posteriormente va a dar lugar a la nulidad, resolución o rescisión del título del transferente, entonces, en este caso no será necesario que se pruebe la mala fe del adquiriente, en razón a que al momento de contratar, éste tuvo conocimiento de dicha situación, y por lo tanto, ya no tenía buena fe. Por ejemplo, si A compra un inmueble a B, estando registrado en la partida del predio una demanda de reivindicación de C contra B, entonces A contrata sin tener buena fe.

Sobre el particular, la corte Suprema se ha pronunciado, al resolver el recurso de casación N° 3312-98, en el sentido que "… el glosado artículo dos mil catorce del Código Civil, exige para constituirse como tercero registral, la inscripción de su adquisición en el Registro, lo que no ha sucedido en el presente caso, puesto que los esposos demandados (…) inscribieron su contrato de compraventa, cuando la demandante (…) tenía ya inscrita su demanda sobre nulidad de acto jurídico tanto contra éstos como contra su esposo (…); por lo que es obvio admitir que los esposos demandados han perdido frente a la actora su condición de tercero registral".

3.2.2. Adquisición del derecho a título oneroso

Dado los efectos legitimadores que otorga la fe pública registral, incluso en contra del legítimo titular del derecho, el legislador ha optado por sólo proteger al que adquiere a título oneroso un derecho de quien en el Registro figura como titular del mismo.

En ese sentido, lo que adquieran un derecho a título gratuito, bien sea por donación, anticipo de legítima, legado, etc., no estarán protegidos por la fe pública registral, y por tanto, una vez anulado, rescindido o resuelto el título de su transferente, dicha causal también les afectará, perdiendo la titularidad del bien adquirido.

Como se señala en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, " De este modo, se excluyen expresamente las transferencias a título gratuito por estimarse que el adquiriente de ellas debe tener la misma protección que su transferente".

Respecto a la exigencia de que la adquisición sea a título oneroso, se señala que sólo en estos casos el adquiriente experimenta disminución de su patrimonio, situación que no se presenta en el caso del adquiriente

a título gratuito. Es más, en este último caso se dice que es preferible proteger el derecho del titular extrarregistral, en razón de que de no hacerlo, experimentaría una disminución de su patrimonio.

Este requisito ha sido criticado por un sector de la doctrina. Galindo y Escosura, citados por García García, señalan que " esa distinción … deja en incierto los derechos de los adquirientes por título gratuito, que es al fin y al cabo tan respetable como el oneroso; y añadiéndose, que si bien el donatario o el heredero no desembolsaron cantidad alguna ni se privaron de nada al adquirir el inmueble, esta adquisición hizo variar su fortuna y contando con ella contrajeron acaso compromisos que no le sería fácil cumplir, originándoseles perjuicios incontestables, que no es justo que sufran por la apatía del verdadero dueño"[17].

Distinto es el caso del que adquiere la propiedad por prescripción adquisitiva, en razón a que en dicho supuesto nos encontramos frente a una adquisición originaria y no derivada, y por lo tanto, no cabe hablar de adquisición onerosa o gratuita. Por tanto, el que adquiere por prescripción adquisitiva no se ve afectado por un vicio de nulidad o anulabilidad del que pueda adolecer el título del anterior titular registral.

3.2.3. Que se adquiera un derecho de quien figura en el Registro con facultades para otorgarlo y no se desprendan de las mismas causas que anulen, rescindan o resuelvan el título del transferente.

Mediante el principio de fe pública registral se busca, como se señaló, proteger al tercero que confiando en la información contenida en el Registro contrata y adquiere un derecho, aunque dicha información sea errónea, es decir, no se corresponda con la realidad extrarregistral.

Teniendo en cuenta que la finalidad fundamental del Registro es la de publicitar situaciones jurídicas y derechos, con efecto *erga omnes,* y dado que en un sistema declarativo dichas situaciones jurídicas y derechos se constituyen extrarregistralmente, es perfectamente posible que exista un desfase entre esta realidad extrarregistral y la registral, máxime cuando la inscripción no es obligatoria.

Entonces frente a esta situación, resulta imperativo proteger al tercero que contrata confiado en la información contenida en el Registro, a pesar de que la realidad extrarregistral sea otra, ello por cuanto de lo que se trata es de fortalecer al Registro como institución de publicidad jurídica, y de esta forma dar seguridad jurídica

Para la protección al tercero resulta necesario no sólo que en el Registro el transferente del derecho figure con facultades para otorgarlo, aunque en la realidad extrarregistral no las tenga, sino, que, además se requiere que del Registro no se desprenda alguna causal de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución del título del transferente.

Con un ejemplo se aclarará este tema:

A, titular registral, vende un predio a B, y este no inscribe su derecho. Posteriormente, A vende el mismo inmueble a C y éste inscribe su derecho. Enterado B de esta doble venta, impugna la venta del inmueble realizada por A en favor de C, anotando en la partida la demanda de nulidad respectiva. Posteriormente C vende el inmueble a D, inscribiendo este último su derecho en la partida del bien.

En este caso el título de D, en principio, estaría protegido porque al momento de adquirir el bien, C figuraba en el Registro como propietario. Sin embargo, al encontrarse anotada en la partida del inmueble la demanda de nulidad interpuesta por B en contra de la venta realizada por A en favor de C, D no sería tercero registral, por lo que la validez de su derecho adquirido estaría supeditada a la validez del título de C.

En este mismo ejemplo, si no se hubiera anotado la demanda de nulidad en la partida, estaría protegido el derecho de D, al concurrir los requisitos para que éste sea tercero registral, y no le perjudicaría que posteriormente se anule el derecho de C.

Al respecto García y García[18] señala que se trata de "…otra manifestación del requisito general consistente en la necesidad de que resulte del Registro la facultad o legitimación de desponer del transmitente, lo que se manifiesta no sólo en la existencia de la previa inscripción a favor del transmitente (aspecto positivo del requisito) …sino en la inexistencia en el Registro de causas de nulidad o de resolución contrarias a la facultad de disposición (aspecto negativo del requisito)".

3.2.3.1a) Alcances de la publicidad registral

Existe discusión sobre los alcances del término "Registros Públicos", señalado en el artículo 2014 del Código Civil. Para una primera posición, por medio de este término sólo se hace alusión a los asientos contenidos en la partida; y para una segunda posición, también se comprende a los títulos que han dado mérito a la inscripción de dichos asientos, y que se encuentran archivados en la oficina registral.

Esta controversia se debe a la falta de precisión contenida en el término "Registro Públicos", a diferencia de otros artículos del Código Civil, tales como el 2012, 2013 y 2015, en los que se hace alusión al término "inscripciones"; así como también al hecho que en el Registro se conserven y se expida publicidad de los títulos que dieron mérito a las inscripciones, según se desprende del artículos 108 y127 del actual Reglamento General de los Registros Públicos, disposición que también se encontraba recogida en el anterior Reglamento General (Arts. 184 y 202).

Al respecto, en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil (Página 16) se señala que "(…) limitar la aplicación del principio de fe pública

registral al solo contenido del asiento, tendría lógica si el público y en particular el que pretende ser tercero, tuviera acceso solamente a los asientos, Sucede, sin embargo, que tenemos acceso también a los libros, títulos archivados, índices y demás documentos, lo cual puede permitir que la publicidad y sus distintas manifestaciones puedan extenderse al concepto más general del término inscripción, esto es, a todo lo que tiene acogida en el registro y no sólo al termino restringido de asiento".

Conforme a esta concepción no sólo resultará oponible el derecho extendido en el asiento registral, sino también todo el contenido del título, obligando de esta manera a los contratantes a revisar, antes de comprar un inmueble, no sólo los asientos extendidos en la partida del predio, sino también los títulos archivados que les dieron mérito, con el consiguiente incremento de los costos de transacción.

Debe tenerse en cuenta que en nuestro país se optó por el sistema de inscripción, que a diferencia del de transacción, consiste en la extracción, del título presentado, de los elementos del derecho a ser publicitado, así como todas aquellas circunstancias que lo afecten, para efectos de su publicidad y oportunidad a los terceros, asiento que se presume exacto e íntegro, conforme al artículo 2013 del Código Civil.

Sobre el particular, Manzano Solano señala que, " …aceptado el principio de inscripción como técnica para la formación del contenido registral, dentro del trámite de calificación y con arreglo a las exigencias de la ley, lo que se registra es lo que se debe publicitar, y se publica todo lo que satisface a las exigencias de la seguridad jurídica, el crédito territorial, el tráfico inmobiliario, etc."[19].
Siguiendo igualmente con Manzano Solano, para quien el asiento registral puede definirse como "…estructura formal y auténtica, conformada en los libros de Registro de la Propiedad, en la que se recogen las circunstancias publicables de los derechos inscribibles: su constitución, modificación o extinción. Aunque haya de ajustarse a requisitos formales y de autenticidad determinados, lo que tipifica al asiento registral es que busca sustancia jurídica publicable"[20].
Entender lo contrario, es decir, que la publicidad registral con efecto *erga omnes*se extiende también a los títulos que dieron mérito a los asientos de inscripción, desnaturalizaría el sistema adoptado, convirtiéndolo en la práctica en un sistema de archivo de títulos, reduciéndose el asiento a un mero resumen, con cargo a mayor ampliación en el título archivado, lo cual evidentemente encarecería el costo de la contratación, porque el registrador se limitaría a señalar el derecho inscrito, debiendo las partes estudiar toda la información contenida en los títulos archivados.

Por tanto, siendo que de acuerdo al sistema de inscripción los terceros contratan en base a la información contenida en el Registro, es decir, en mérito a la información que obra en los asientos registrales (partidas), la misma que se presume conocida por todos (en virtud de lo prescrito por

el Art. 2012 C.C.), válida y exacta (conforme al Art. 2013 C.C.), se colige que solo esta información es la que debe de resultar oponible.

Debe destacarse la relación existente entre los principios registrales, en particular entre los principios de publicidad, legitimación y fe pública registral, por ser efectos del sistema registral de inscripción adoptado. Entonces, si conforme al artículo 2012 del Código Civil, se presume, sin admitirse prueba en contrario, que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones (publicidad material), y de acuerdo al artículo 2013 del código sustantivo, se encuentra legitimado el contenido del asiento de inscripción, mientras no se rectifique o anule por el Poder Judicial, resulta lógico concluir que solo ésta es la información que debiera de verificar el tercero que contrata y adquiere un derecho.

Si bien es cierto que los contratantes pueden tener acceso a los títulos archivados y de esta manera detectar incongruencias con el asiento de inscripción, debe señalarse que este trámite no les resulta exigible, por cuanto mientras el asiento no sea rectificado, dicho error no les resultaría oponible, en razón a los principios de publicidad y de legitimación de los asientos, mientras no sean rectificados.

Al respecto, en el Reglamento General de los Registros Públicos se regula el procedimiento de rectificación de los asientos de inscripción, señalándose en su artículo 86 que dicha rectificación tendrá vigencia a partir de la fecha en que se realiza, en el caso de la rectificación de oficio, y a partir de la fecha de asiento de presentación del título rectificatorio, en el caso de la rectificación a solicitud de parte.

Habiéndose señalado, por consiguiente, que la información contenida en el título que dio mérito a la inscripción, y que no consta en el asiento, no resulta oponible a los terceros, a menos que sea incorporada a la partida del bien, resulta necesario, entonces, determinar la naturaleza de la publicidad que da el Registro de estos títulos.

Definitivamente la publicidad de los títulos archivados no es jurídica, ya que no se encuentra contemplada en el articulo 2012 del Código Civil, y no resulta oponible a los terceros. Por lo tanto la información de los títulos archivados es administrativa, salvo que, como se señaló anteriormente, su contenido sea incorporado a la partida del bien, en cuyo casi, en mérito a la publicidad material y a la presunción de validez de los asientos, recién en ese momento resultará oponible a los terceros.

Resulta ilustrativo lo señalado por Amoros Gosalbez, mencionado por Manzano, sobre la distinción entre los registros jurídicos y los administrativos, en el sentido de que “… descansa, al menos, en dos notas: la publicidad y la eficacia sustantiva. Los primeros son registros con eficacia material o sustantiva sobre los derechos de las personas y su valor en el tráfico jurídico inmobiliario. Son instrumentos de publicidad jurídica, tal como queda definida, es decir, como expresión de la verdad

jurídica oficial afectante a los bienes inmuebles que, como tal, se impone a todos y produce consecuencias jurídicas por sí misma en el orden sustantivo. Los segundos persiguen una finalidad más limitada: archivo o colección de datos, generalmente para uno interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, informativos, etc. Pero las presunciones de exactitud e integridad que se predican respecto a los registros jurídicos, no alcanzan a los registros administrativos"[21].

Lo señalado no quiere decir que la información contenida en el título archivado, y no extendida en la partida del bien, no tenga valor alguno, solo que mientras no sea extienda en la partida, solo será exigible a las partes, es decir, no será oponible a los terceros.

Existe además una consideración de carácter económico. Si se entendiera que la publicidad registral se extienda también a los títulos archivados, los terceros antes de adquirir un derecho no solo tendrían que informarse del contenido de los asientos de inscripción, sino, además, del contenido de los respectivos títulos archivados, situación que encarecería el tráfico jurídico.

En este sentido el Reglamento General de los Registros Públicos vigente, siguiendo la misma línea del anterior Reglamento General (ambos regulan el tema en el Art. VIII del Título Preliminar), ha especificado, a nuestro entender de manera correcta, que las causas de la inexactitud del título del disponente, por nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución, no deben desprenderse de los asientos de inscripción para que sea amparado el título del adquiriente, precisándose de esta forma el concepto genérico de registros públicos aludidos en el Art. 2014 del Código Civil[22].
Sin embargo, es necesario reconocer que el criterio predominante en la jurisprudencia nacional es el de entender que por el término "Registros Públicos" se comprende no solo a las partidas registrales, sino también a los títulos archivados que le dieron mérito, basándose en el hecho que en el Registro se conservan dichos títulos, por lo que los contratantes tienen forma de acceder al contenido de los mismos, siendo estos por tanto una prolongación del asiento extendido[23].
Por lo expuesto, y para efectos de evitar dicha interpretación por parte de la jurisprudencia, que al final es la que evalúa si el tercero adquiriente es tercero registral, es decir, si se encuentra protegido por la fe pública registral, resulta necesario modificar el Reglamento General de los Registros Públicos en el sentido de disponer que no se conserven los títulos que dieron mérito a las inscripciones, debiendo devolverse al interesado. Esta solución corregirá, además, algunas malas prácticas que ocurren en la extensión del asiento de inscripción, en el que se consigna, y muchas veces de manera errada, algunos elementos del derecho solicitado inscribir, con omisión de las circunstancias que lo afectan (cargas, gravámenes, causales de resolución, etc), práctica que se da en la creencia, compartida por gran parte de la jurisprudencia del Poder

Judicial, de que al final, lo que resulta oponible, y por tanto información válida, es el contenido del título y no el del asiento de inscripción, criterio que incluso es recogido, de manera contradictoria con el sistema registral adoptado, en algunas normas expedidas por la SUNARP (Art. 52 del Reglamento de Inscripción del Registro de Predios[24]).

3.2.3.1b) Partidas vinculadas

Puede darse el caso que las causales de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución consten en una partida registral no vinculada al acto de transferencia en particular. En este supuesto, si bien la causal consta en una partida registral, al no estar vinculada dicha partida con el título del adquiriente, no le puede resultar oponible.

Así, por ejemplo, supongamos que A le vende a B dos inmuebles X e Y. Posteriormente A decide resolver el contrato de transferencia porque B no terminó de pagarle el íntegro del precio de dicha venta, obteniendo sentencia judicial favorable en dicho sentido, inscribiéndose dicha resolución solamente en la partida registral de X, mas no en la partida de Y. Aprovechando dicha situación, B vende el inmueble Y a C, inscribiendo C su derecho.

En el ejemplo citado, no habiéndose registrado la resolución del contrato de transferencia en la partida de Y, o anotado por lo menos la resolución judicial que declara la resolución, a C no le será oponible la resolución del contrato, y por lo tanto, mantendrá su adquisición.

Debe tenerse en cuenta la finalidad de la publicidad registral, cual es la de publicitar con efecto *erga omnes* las titularidades y gravámenes de los bienes, así como la situación de las personas, naturales o jurídicas. Dicha publicidad registral, como se desprende, está dirigida básicamente a los terceros, quienes al momento de contratar, pueden informarse respecto de la situación legal del bien que quieren adquirir.

En este sentido solo le resulta exigible al tercero averiguar la situación legal del inmueble que es materia de adquisición, mediante la revisión de la información que hay del mismo en su respectiva partida registral.

Exigir lo contrario haría demasiado engorrosa y costosa la adquisición de un bien porque el tercero tendría que solicitar copias certificadas de todos los inmuebles, tanto de Lima como en provincias, generando con ello el previsible incremento de los costos de transacción, y con ello, el desaliento al tráfico jurídico.

Sobre el tema, el Tribunal Registral desarrolló el concepto de partida vinculante, señalando que en la calificación del título presentado, el registrador debe limitarse a evaluar sólo la partida o partidas vinculadas a dicho título.

Así, en su VIII Pleno, realizado los días 13 y 14 de agosto de 2004, aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria (Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1° de octubre de 2004):

"Debe entenderse como partida directamente vinculante al título, aquella donde procederá extender la inscripción solicitada, o de la cual derivará dicha inscripción. Por tanto, no procede extender la calificación a otras partidas registrales".

Dicho criterio fue desarrollado en la Resolución N! 059-2002-SUNARP-TR-L del 11 de octubre de 2002.

3.2.3.1c) Limitaciones legales

No solo resulta oponible al adquiriente del derecho la información contenida en el Registro, sino también las limitaciones al derecho adquirido que se encuentran recogidas en las normas legales.

Así, tenemos que las normas urbanísticas, medio ambientales, agrícolas, etc., le resultan oponibles al adquiriente del derecho de un inmueble sin necesidad que se inscriban en el Registro. Como se señala en el artículo 957 del Código Civil, "La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas".

Sin embarbo, sucede muchas veces que el adquiriente de un inmueble no conoce de las limitaciones legales que recaen sobre el predio, en razón a que estas no se inscriben en el Registro, limitaciones que sin embargo les son oponibles, viéndose perjudicados.

En ese sentido, para una adecuada publicidad de los derechos y limitaciones que recaen sobre un predio, resulta necesario, siguiendo a Gómez Galligo, que el Registro sea íntegro e integrado, de tal forma que quien adquiera un derecho de un inmueble, sepa de antemano de todas las limitaciones que recaen sobre dicho derecho sin necesidad de consultar dicha información en otras instituciones. "No se trata sólo de que lo no inscrito no sea oponible al que inscribe su titulo, sino que además el que inscriba si título tenga un conocimiento completo de la situación jurídica en que se encuentra el inmueble adquirido: cargas, gravámenes, afectaciones del inmueble al pago de impuestos, calificación urbanística de la finca, situación medioambiental"[25].

3.2.4. Inscripción del derecho

Para que el tercero que adquiere un derecho del titular registral resulte protegido por la fe pública resulta ineludible que inscriba su derecho en el Registro.

Al respecto Cano Tello señala que "el principio de fe pública se ha dicho y se repite que protege a los terceros. Esto, sin embargo, no es cierto. El

principio de fe pública protege también al titular registral, puesto que, aunque el art. 34 (de la ley hipotecaria española), expresión máxima de dicho principio, se refiere al tercer adquiriente del titular inscrito de buena fe y a título oneroso, únicamente lo protege cuando, a su vez, ha inscrito su derecho, esto es, cuando se ha convertido en titular registral. La protección que le brinda el principio de fe pública consiste en proporcionarle una posición inatacable, siempre que haya llegado a ostentar la titularidad con los requisitos que la Ley establece".

4. CONCLUSIÓN

Para que el Registro pueda cumplir su finalidad de dar publicidad jurídica o material, es decir, con efecto *erga omnes*¸ respecto de los actos y contratos registrados, bajo reducidos costos de transacción, es necesario que los terceros que adquieran derechos confiados en la información proporcionada por el Registro, sean protegidos en su adquisición.
De esta manera, reconocimiento que en los sistemas de inscripción declarativa no existe necesaria correspondencia entre la información publicitaria por el Registro y la realidad extrarregistral, se hace necesario el establecimiento del principio de fe pública registral, mediante el cual se protege al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso un derecho de quien figura ene l Registro con facultades para otorgarlo, aunque después se anule, rescinda o resuelva el título del transferente por causales que no contaban en el Registro, estableciéndose, por consiguiente, una excepción al principio del *Nemo dat quod non habet.*

La efectividad de este principio, frente a la imperfección de nuestro sistema registral, variará de acuerdo a los alcances que se dé a los requisitos exigidos para que el adquiriente se constituya en tercero registral.

A efectos de cumplir en forma adecuada con la finalidad del Registro: dar publicidad jurídica de los actos inscritos bajo reducidos costos de transacción, es necesario entender que la buena fe exigida se presente al momento de la contratación, y no exigir que se mantenga hasta el momento de la inscripción; asimismo, debe entenderse que la publicidad registral (con efectos jurídicos) se extiende solamente a la partida registral, es decir, que no comprende a los títulos archivados que dieron mérito a las inscripciones

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, para que el tercero sea protegido en su adquisición, las causas que dan mérito a la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución del delito del transferente no deben desprenderse de los asientos de inscripción, al margen de la información contenida en los títulos archivados que les dieron mérito.

BIBLIOGRAFÍA

Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía.* Palestra Editores, Lima, 2003
Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo III, 4ta Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1995.
García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario.* Tomo II. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993.

Gómez Gálligo, Javier. "Los Sistemas Registrales en el mercado inmobiliario y hipotecario". Ponencia presentada en el IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral, desarrollado en octubre y noviembre de 2009 en la Universidad Autónoma de Madrid.

Manzano Solano, Antonio, *Derecho Registral Inmobiliario.* Volumen I y II. Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
Manzano Solano, Antonio, Manzano Fernández, Ma. Del Mar *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario.* Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2008.
Roca Sastre, Ramón M. y Roca-Sastre Muncunill, Luis. *Derecho Hipotecario.* Tomo II. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993.

[1]Artículo extraído de la revista FUERO REGISTRAL N° 8 – SUNARP 2011.

[2] Artículo 949.- Transferencia de propiedad de bien inmueble

La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario

[3] Las externalidades son efectos no contratados de la conducta humana regulada por el Derecho.

[4] Sobre el tema, Bullard señala que "Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquiriente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquiriente, es decir, una posibilidad de exclusión total. Un sistema que no reúna esta característica no permite una efectiva internalización de todos los beneficios y costos externos (externalidades), por lo que no creará los incentivos necesarios para una eficiente asignación y uso de los recursos escasos. En Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y Economía.* Palestra Editores, Lima, 2003. p.152

[5] Artículo 2019.- Actos y derechos inscribibles

Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

(…)

[6] Artículo 1135.- Concurrencia de acreedores de bien inmueble

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

[7] Artículo 2013.- Principio de legitimación

El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

[8] Artículo 2022.- Oportunidad de derechos sobre inmuebles inscritos

Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

[9] García García, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario.* Tomo II. Editorial Civitas S.A: Madrid, 1993. p. 227.

[10] Manzano Solano, Antonio y Manzano Fernández, Ma. Del Mar. *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario.* Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercaderes de España, 2008. pp. 608-609

[11] Roca Sastre, Ramón M. y Roca-Sastre Muncunill, Luis. *Derecho Hipotecario.*Tomo II. Editora Civitas S.A. Madrid, 1993. p. 288.

[12] Ob. Cit. P. 320

[13] Ob. Cit. p. 305

[14] Ob. Cit. p. 307

[15] Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Tomo III, 4ta Edición Editorial Civitas S.A. Madrid, 1995. p. 460.

[16] Ob. Cit. p. 461.

[17] Ob. Cit. p. 284.

[18] Ob. Cit. p. 271.

[19] Manzano Solano, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario.* Volumen I. Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. P. 217.

[20] Ob. Cit. Volumen II. p. 660.

[21] Ob. Cit. Vol. 1. p. 196

[22] VIII. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiera contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las cusas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales.

[23] Casación N° 2356-98-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de noviembre de 1999, p. 3899.

[24] Artículo 52°.- Contenido del asiento de inscripción del reglamento interno

El asiento de inscripción del reglamento interno del régimen de propiedad exclusiva u propiedad común debe contener el criterio de asignación de porcentajes de participación en las zonas de propiedad común, la relación de bienes de propiedad común con calidad de intransferibles si los hubiere, el régimen de la junta de propietarios y la referencia de que los demás datos constan en el título archivado. En este caso, los alcances de la publicidad a que se refiere el segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos se extienden al título archivado.

El asiento de inscripción del reglamento interno del régimen de indemnización y copropiedad debe contener los mismo requisitos, en cuanto fueran aplicables.

[25] Gómez Galligo, Javier. “Los sistemas Registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario”. Ponencia presentada en el IX Curso Iberoamericano de Derecho Registral, desarrollado en octubre y noviembre de 2009 en la Universidad Autónoma de Madrid. p. 8

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS REGISTRALES

GONZALES BARRÓN, Ghunter. "Constitución y principios registrales". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS REGISTRALES

Gunther Gonzales Barrón(*)

I. REGISTRO PÚBLICO: SEGURIDAD JURÍDICA PARA LA PROTECCIÓN DE FINES VALIOSOS; Y NO LA SIMPLE SEGURIDAD VACÍA DE CONTENIDO

El Estado organiza un sistema que permite contar con un título formal de prueba de los derechos; de esta forma, el comprador, o el acreedor hipotecario, podrá gozar de certeza respecto de las adquisiciones que realizan y, en ese sentido, podrán asegurar la rentabilidad de sus proyectos de inversión (predictibilidad). Precisamente, el Registro facilita el conocimiento del estado jurídico de los derechos, proporcionando un título (o conjunto de títulos) con investidura formal1, y que tiene influencia en dos momentos: durante la fase de conservación del derecho correspondiente al titular inscrito, y durante la fase de renovación del derecho referido a un tercer adquirente. Se puede afirmar, por tanto, que **el fundamento de la publicidad se encuentra en dar pública cognoscibilidad de determinados hechos, actos, situaciones o eventos de la vida jurídica, de tal manera que cualquier interesado puede conocer esta información; y asimismo la publicidad sirve para resolver los conflictos**2, con lo cual se tutelan derechos y se aseguran adquisiciones. En

(*) Profesor de Derecho Civil y Derecho Registral de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha y la PUCP. Especialista en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla La Mancha. Juez Superior Titular de la Corte de Lima. Ha sido Notario de Lima, así como Presidente y Vocal de los Tribunales Administrativos de COFOPRI y SUNARP. E-mail: ggonzales@pucp.edu.pe

1 "para procurar conseguir la seguridad de los adquirentes de bienes inmuebles, o de los que dan dinero a préstamo con garantía sobre bienes inmuebles, se ha procurado facilitar a los presuntos adquirentes y a los prestamistas con garantías de inmuebles, ciertas facilidades de investigación del estado de dichos inmuebles, tanto en lo que se refiere a su titularidad, como a su estado de cargas": DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid 1995, Tomo III, pág. 299.

2 PUGLIATTI, Salvatore. *La trascrizione. La pubblicità in generale*, Giuffré Editore, Milán 1957, Tomo I, pág. 268.

suma, hay un interés general en que determinadas situaciones sean cognoscibles por cualquiera, y por eso la ley organiza y regula su publicidad3.

La institución del Registro no tiene base constitucional, pero se incardina dentro del principio implícito de seguridad jurídica. Pero, adviértase que el reconocimiento de su importancia social como mecanismo para el desarrollo y la creación de riqueza, no obsta para encuadrarlo como un medio o instrumento para otros fines. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional:

> "Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público **el medio** a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo" (Exp. Nº 0016-2002-AI/TC, 5º fundamento jurídico).

Justamente, por tratarse solo de un mecanismo instrumental, el Registro por sí solo no puede acotar toda la realidad jurídica, rica, vital, humana, con diversos intereses en juego, con la dignidad intangible del ser humano de por medio; o creerse autosuficiente con el pomposo título de "verdad oficial". Por el contrario, en el ámbito de un Estado Constitucional y Social de Derecho, el Registro **debe contar con la suficiente base de justicia que lo haga viable**, a efecto que las soluciones jurídicas no se reduzcan a buscar la certeza por encima de toda otra consideración, y finalmente se privilegie una justicia de menor entidad.

El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras en el otro lado se encuentra el tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar que el

3 TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, Giuffré Editore, Milán 1998, pág. 618.
En la doctrina italiana se considera como uno de los principios fundamentales del sistema la "relación entre oponibilidad y cognoscibilidad", por el cual se exige que solo puedan ser opuestos los hechos sobre los que los terceros puedan procurarse el conocimiento por medio de la consulta del instrumento publicitario: IBBA, Carlo. *La pubblicitá delle imprese*, CEDAM, Padua 2006, pág. 4.

transmitente no es titular del derecho. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica ("solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto"). Si bien existe un "interés del adquirente" por consolidar la transmisión (a quien usualmente denominamos "tercero"), también existe un legítimo "interés del propietario" en conservar su derecho. En tal sentido, debemos quedar prevenidos de las soluciones mágicas y dogmáticas4, pues se hace necesario repensar los intereses en pugna que se encuentran detrás de todo conflicto. La doctrina ha advertido con toda razón que el principio de la autonomía privada impide generalizar la protección de los terceros adquirentes de buena fe en perjuicio de los titulares de los derechos que hayan procedido rectamente, en tanto ello implicaría subvertir las bases mismas del Derecho Privado, ya que en tal caso se legalizaría sin más la extracción impune de bienes sin el consentimiento del titular5.

Es un sentimiento natural de la conciencia humana que nadie puede ser despojado en forma arbitraria de su patrimonio. En tal sentido, ¿qué dirían las encuestas ante una pregunta como ésta: usted acepta ser privado de un bien suyo por una falsificación o por error del notario o del registro? La respuesta es obvia, y demuestra que un sistema jurídico no puede apoyarse en simples reglas técnicas de certeza, desprovistas de moralidad y justicia para la sociedad a la cual van dirigidas; por tanto, un sistema legal debe tener viabilidad social y legitimidad en cuanto a los valores compartidos por esa misma comunidad. La seguridad jurídica, efectivamente, no implica una injusticia *per se*, pero tampoco puede admitirse que se proteja solo el interés exclusivo de una de las partes del conflicto, y con ello olvidarnos de las razones del otro lado. Siendo así, rechazamos la ilusión óptica de que "toda seguridad ya es justicia", por lo que **es necesario que el legislador mantenga un delicado equilibrio entre las posturas en controversia a fin de buscar la mejor solución según las circunstancias**.

Aquí debo citar la afirmación de la mejor doctrina europea en el sentido que **la propiedad se justifica gracias a la posesión**, ya que el título formal es solo un medio para lograr la finalidad del derecho, cuál es, el aprovechamiento y disfrute de los bienes, esto es, poseer. Por tanto, si desde una perspectiva axiológica el fin se encuentra en grado superior al

4 Es muy fácil quedar impresionados con frases que parecen resumir una sabiduría supuestamente milenaria, y que se reduce a repetir adagios tales como: "primero en el registro, mejor en el derecho", "el tercero de buena fe", "la publicidad como seguridad jurídica", etc. En realidad, el mundo real es mucho más complejo en detalles y pugnas valorativas, que no pueden encerrarse en dos o tres frases. A lo largo del libro quedará aclarado este punto.

5 MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Editorial Montecorvo, Madrid 1979, pág. 491-492.

medio, entonces es evidente que la posesión se encuentra en situación de primacía sobre la propiedad6, y no al revés como a veces se sostiene en nuestro medio7. En efecto, si el ordenamiento jurídico reconoce el monopolio de un sujeto sobre los bienes, con exclusión del resto, ello solo se justifica en cuanto ese sujeto debe incorporar ese bien a la producción, generar riqueza, mejorar la economía con beneficio general, obtener rentas que generen impuestos, etc. El Derecho no reconoce una propiedad egoísta e individualista que se olvida del bien común. Eso no es admisible ni social, ni económicamente. Y tampoco desde una perspectiva moral, pues sería inaceptable tutelar el dominio de quien se cruza de brazos y no hace nada con el bien, cuando existen millones de seres humanos que mueren de hambre, con todo lo doloroso que eso significa. Por tal motivo, resulta evidente que la usucapión o adquisición de la propiedad por efecto de la posesión no puede ser erradicada del Derecho, ya que en ella está la ontología misma, la razón de ser del dominio, por encima de cualquier formalismo8. Incluso, y para horror de los economicistas jurídicos

6 "El fin trasciende al medio, es más importante que el medio; en el sistema, es el *prius* lógico. La posesión tiene esta importancia central, que no se puede reconocer a la propiedad": SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele. *Il Possesso*, Giuffrè, Milán 2000, pág. 9.

7 En esta **desacertada** postura continúa, por ejemplo: MEJORADA CHAUCA, Martín. "Comentario al artículo 897". EN: VVAA. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima 2003, Tomo V, pág. 80, quien sigue diciendo que la posesión es una "apariencia de propiedad" y, por tanto, la posesión solo merecería protección en cuanto pálido reflejo de la propiedad. Esta tesis se encuentra refutada desde hace mucho tiempo, y para ello basta citar algunos nombres ilustres como Luigi Mengoni, Ángelo Falzea, Massimo Cesare Bianca y el mismo Rodolfo Sacco.

8 Algunos sostienen que la usucapión debe ser removida totalmente a favor del Registro, pues "no se puede admitir el despojo". La idea es simplemente absurda, pues la propiedad toda está llena de guerras de conquista, invasiones, usurpaciones, fraudes, abusos, despojos, abandonos, olvidos, etc. Es muy difícil pensar que un solo pedazo de tierra no haya pasado por alguna de estas patologías. Para eso surge la usucapión como hecho jurídico calificado de PRECLUSIVO, esto es, que pone fin a los debates interminables sobre la legalidad de las adquisiciones: "En presencia de una situación de hecho que expresa un interés real y actual, y a falta de hechos que, **dentro de un razonable marco de tiempo transcurrido**, demuestran la real vigencia de una situación jurídica incompatible, el Derecho legítimamente deduce que del pasado remoto no sobrevive algún interés jurídico el cual exija y amerite su garantía, en preferencia del interés manifestado por la situación de hecho presente. Para superar el eventual conflicto entre la situación jurídica nueva y el estado jurídico preexistente y, al mismo tiempo, **para tener en cuenta la hipótesis opuesta de total coincidencia entre ellos**, el Derecho se vale de efectos jurídicos que cubren la alternativa de la innovación y de la conservación y que por su eficacia se diferencian sea de los hechos exclusivamente constitutivos, sea de aquellos exclusivamente declarativos" (FALZEA, Ángelo. Voz: *Efficacia Giuridica*. En: *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Giuffré Editore, Milán 1985, pág. 410). Por su parte, el padre de la antropología moderna, el eminente jurista inglés, profesor de Oxford, Henry Sumner MAINE (*El Derecho Antiguo*, Tomo II, pág. 65) ha dicho que la usucapión es una regla de oro legada para siempre por la jurisprudencia romana, y por medio del cual la falta de regularidad del título de propiedad queda siempre salvada, por lo que la propiedad y la posesión pueden volver a reunirse en una sola mano; luego agrega que por algo este instituto ha subsistido y se mantiene en el Derecho comparado. **Sin embargo, en opinión nuestra, lo que sí puede ser discutido en nuestro ordenamiento es el plazo legal extraordinario de diez años para que opere la usucapión, el cual es REDUCIDO según un análisis comparativo con los sistemas jurídicos nacionales más representativos, y lo que permite sospechar, obviamente, que en ese tiempo se puedan mantener las contradicciones entre el interés de quien pretende conservar el derecho y el interés del que busca la preclusión del debate. Sobre este punto, el del plazo, sí merece pensarse en serio una reforma legal**.

nacionales, la usucapión tiene plena vida en el *Common Law*, aunque con el nombre de *adverse possession9*, que bien puede traducirse como "posesión contradictoria", lo cual implica que se trata de una posesión en contradicción respecto del título del propietario.

Por tanto, la finalidad del Derecho registral es arbitrar un sistema que permita conocer el estado de los derechos (por ejemplo: la información sobre el propietario, los gravámenes, la situación física), facilitando de esta manera el tráfico patrimonial en condiciones armónicas de justicia y seguridad. En este sentido, la doctrina más moderna viene proclamando las ventajas de un sistema sin soluciones radicales, en donde la inscripción juegue un papel importante para la seguridad del tráfico, pero sin cerrar los ojos a la realidad extrarregistral10. El Registro es una institución creada para dar respuesta a las apremiantes necesidades de facilitación del tráfico patrimonial, de certidumbre en la titularidad de los derechos y de estabilidad en la circulación de la riqueza, por lo que se debe encuadrar como una figura de **SEGURIDAD JUSTA**, y no sólo ante un instituto de mera seguridad vaciado de contenido o sin finalidades valiosas. Detrás de ella subyace una racionalidad lógica y económica, así como un apego profundo por la conducta leal y honesta, es decir, por el acto bueno y justo.

Desde nuestra perspectiva, no basta con la seguridad jurídica a rajatabla, esto es, proclamar la verdad dogmática del registro y olvidarse de sus límites intrínsecos (defectos, inexactitudes, imposibilidad de contradecir la realidad notoria, la posesión, etc.) y de sus límites extrínsecos (fraude, mala fe, etc.). Debemos recordar en este punto que una seguridad, así entendida, llevará inexorablemente a una situación de desorden o de incumplimiento de la ley (desuso de la norma). La protección al adquirente de buena fe no puede realizarse sin que el *verus dominus* cuente con unas garantías institucionales que hagan reducir casi hasta el límite del absurdo las posibilidades de error o despojo de su derecho11. En este punto se aprecia

9 En el Derecho inglés se admite la usucapión contra el registro luego de doce años según la LAND REGISTRATION ACT de 2002, aunque el sistema es bastante detallista y complicado, de acuerdo a la conocida complejidad del régimen de propiedad en ese país, el que tiene un origen histórico feudal. Sobre el particular puede verse: RIDALL, J.G. *Land Law*, 7º edición, Lexis-Nexis, Londres 2003, pág. 587 ss.

Por su parte, en el Derecho de Irlanda, fuertemente inspirado por el sistema inglés, el plazo de la *adverse possession* es también de doce años a favor del poseedor en concepto de dueño (*squatter*), según el STATUTE OF LIMITATIONS de 1957: COUGHLAN, Paul. *Property Law*, 2º edición, Gill & MacMillan, Dublín 1998, pág. 212 ss.

10 FARÍAS BATTLE, Mercedes. "Realidad del Tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)". EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pág. 912.

11 Por tal razón, debe tenerse en cuenta lo siguiente: "Naturalmente que interviene un tercero en el problema, pero su buena fe, su creencia en la titularidad del transmitente, no puede, en principio, pesar más que la realidad. El tercero tendrá para sí la creencia, pero el propietario tiene a su favor la realidad. En estos términos el problema sólo se puede resolver a favor del tercero por otras razones, que justifiquen la preferencia del tercero, más allá de su buena fe": MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Op. Cit., pág. 450-451.

con claridad los fundamentos que se hallan detrás de recusar la inscripción constitutiva, así como de los beneficios de dar entrada a la buena fe como elemento necesario en la protección registral, y en la preferencia del usucapiente sobre el tercero registral.

Por lo demás, el registro trata de conseguir la verdad, aunque sepa que no siempre lo conseguirá, para lo cual se reviste de las mayores garantías institucionales a efectos de que el propietario inscrito coincida con el mismo que indica la realidad jurídica; de allí se explica las garantías de la titulación auténtica, calificación técnica del registrador, ordenación a través del folio real, tracto sucesivo, respeto de la prioridad, entre otros **factores que sustentan la organización del Registro**. Todos estos mecanismos aseguradores tienen como finalidad salvaguardar el principio de justicia, y no la seguridad jurídica por sí misma. El Registro debe entenderse como un instituto de paz jurídica, de estabilidad social, de tranquilidad ciudadana en el ámbito patrimonial; pero, lo más importante es que se encuentra inspirado en la tutela de las conductas leales y honestas, en la protección de los terceros de buena fe y en la evitación de los fraudes.

II. SUPERACIÓN DEL EXTREMISMO REGISTRAL

El Registro busca publicar la realidad jurídica a efecto de lograr seguridad jurídica en los actos de transmisión y adquisición de bienes; pero nunca puede contraponerse a dicha realidad, bajo pena de limitarse a vivir en una ficción y, con ello, propiciar el fraude. Nuevamente debemos recordar que el Registro es un medio, y no un fin por sí mismo. En tal sentido, la mecánica de inscripción y publicidad solo se justifica dentro del contexto de un sistema patrimonial sano, honesto, justo, seguro; en donde la información registral dé publicidad de los hechos, sin crearlos o sin deformar la realidad.

En mi concepto, el Registro solo puede entenderse, y valorarse, como una figura de seguridad jurídica CON JUSTICIA. Obviamente, nadie puede impedir que se utilice el Registro de manera contraria a sus fines. En ese caso, el legislador (o el juez) deben arbitrar soluciones que ponderen adecuadamente los intereses en pugna12. El Derecho contiene las reglas correctoras de las eventuales iniquidades que se puedan presentar, lo que en

12 "La misteriosa fuerza de la tierra no puede ser desconocida por el registro, como creación artificial del hombre, pues el registro, en ocasiones, se deja seducir por intereses espurios. En particular, la posesión pública y pacífica prueba la propiedad (prescripción) y la presume": ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*, 2º edición, Editorial Comares, Granada 2006, pág. 41.

ningún caso pasa por darle veracidad absoluta al registro o limitarse a cerrar los ojos ante la inconmensurable realidad.

El "Derecho registral extremista" pretende cerrarse en la inscripción, y con ello adopta una cuestionable postura ideológica, en pro de los Bancos, empresas financieras, trasnacionales y todos aquellos a quienes solo les interesa lucrar y recuperar su inversión en el menor tiempo posible. De allí nacen ideas, tales como que fuera del registro nada existe, no es válido o carece de relevancia jurídica. En cambio, "el que inscribe cuenta con una garantía absoluta de su derecho". Con este criterio el estudio del derecho debiera iniciarse y concluirse el mismo día, pues todos los conflictos de la vida debieran solucionarse con la frase trillada: "primero en el registro, más poderoso en el derecho".

En efecto, nunca, en ningún sistema jurídico del mundo se ha pretendido que el registro otorgue garantía absoluta e inconmovible, pues la realidad impone tomar en cuenta otras variables para llegar a una justa y armónica conciliación de intereses. **Por eso hoy, y desde siempre, se reconocen múltiples limitaciones a la actuación del registro, es decir, aspectos sobre los cuales no juega ningún rol**. Enumeremos algunos: mala fe del tercero, posesión, usucapión, error en las mediciones de las superficies, datos físicos de la finca, dominio público, demanio natural, derechos reales patentes o notorios, elementos de hecho discordantes con la publicidad, adquisiciones originarias, restricciones legales de la propiedad, dobles inmatriculaciones, entre muchos otros. En consecuencia, **el registro solo puede otorgar una relativa seguridad**, pues nada ni nadie puede avanzar más allá de eso. Los extremistas siguen soñando, y lo seguirán haciendo, con el mito de la seguridad plena. Por el contrario, nosotros sostenemos la necesidad de un "derecho registral realista", que tome en cuenta las complejidades de la vida en relación, y no se cierre en las formas. Recordemos que el registro es, quiérase o no, un formalismo, por lo cual tiene todas las ventajas de tal (certeza, seguridad, fehaciencia), pero también tiene todos los inconvenientes de ceñirse a la etiqueta y abandonar el contenido (fraudes, engaños, apariencia, mala fe, injusticia, deformaciones de la realidad).

Muchas veces se dice que el registro protege al diligente que inscribe y no al negligente que se mantiene en la clandestinidad. Pues bien, esa es una forma de ver las cosas, a veces interesada con el fin de proteger a los inversionistas, a los poderosos, a las trasnacionales. Pero existe otra perspectiva: ¡qué importa el diligente que inscribe, por ejemplo, si hace más de diez años no posee! Ante ello, cabe preguntarse, ¿qué es más relevante? Inscribir y guardar un título formal en el escritorio; o disfrutar

de los bienes, producir, generar riqueza, mover la economía. Cómo dice VALLET DE GOYTISOLO, se puede ser diligente en lo formal (registro) pero negligente en lo sustancial (usar y disfrutar de los bienes). Por tanto, hay que descartar este argumento facilista.

El "nuevo Derecho registral" (realista), por tanto, se enfoca en la complejidad del problema, asumiendo que el registro es un importante instrumento que otorga garantía relativa a los actos de transmisión y adquisición de bienes, pero que puede ser sobrepasado por otros valores que el ordenamiento considera preferibles.

III. LA FALSA DICOTOMÍA ENTRE "SEGURIDAD ESTÁTICA" Y "SEGURIDAD DINÁMICA"

También se sostiene de forma ingenua que el Registro sirve para favorecer a los terceros, es decir, a los que adquieren derechos, y en el caso de conflicto su posición jurídica es privilegiada frente al propietario, ya que se encuentra en juego el principio de seguridad del tráfico o de protección de los terceros adquirentes13. De esta forma buscamos sentirnos bien con nosotros mismos; lavar nuestras conciencias ante el drama que significa despojar a un ser humano de su propiedad adquirida probablemente con el sacrificio de toda una vida, y por el solo efecto de un formalismo. Así se dice que la preferencia del adquirente ("seguridad dinámica") se debe a que éste es un inversionista, un productor, un creador de riqueza, un hombre activo que hace y construye para beneficio de la economía; por el contrario, el despojo que se comete contra el propietario actual ("seguridad estática"), está justificado porque se trata de un sujeto improductivo, rentista, que no mueve la economía, que está cruzado de brazos, que no da utilidad social a la riqueza, etc. Con estas palabras, los patrocinadores de esta tesis, ya se sienten aliviados. **El problema es que dicho argumento resulta totalmente falso**.

El jurista alemán Víctor Ehrenberg propuso en 1903 hacer una distinción entre la "seguridad del tráfico o seguridad dinámica" (seguridad, propiamente dicha, en nuestra concepción de las cosas) y la "seguridad de los derechos o seguridad estática" (justicia, para nuestra tesis). Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si éste es un propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de su

13 MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. "Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado". En: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Tomo 177, Lima, agosto 2008, pág. 74.

derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente14. Este concepto hizo fortuna y desde ese momento se le ha citado en forma reiterada, incluso en nuestro país, con el fin de justificar los importantes efectos que el Registro produce en beneficio del tercer adquirente de buena fe, en desmedro del propietario.

Así se habla de una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. En tal caso, se dice, la posición prevaleciente es la del tercer adquirente.

En realidad, no existe seguridad estática y dinámica. Eso es un simple juego de palabras sin ningún contenido. Con un ejemplo vamos a demostrar nuestro aserto: supongamos que "A" es propietario inscrito de un predio determinado, sin embargo, éste sufre la falsificación de una venta que nunca realizó a favor de "B". Luego, "B" transfiere el bien a "C", quien según la ortodoxia registral resulta contar con un interés prevaleciente al ser un tercero de buena fe (art. 2014 CC). Así, la milonga de la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, conlleva que se tutele la situación jurídica de quien moviliza los bienes a través de la adquisición de los mismos (esto es, se prefiere a "C"), y se perjudica al propietario estático que no crea riqueza (esto es, "A"). Muchos autores se sienten tranquilos con esta explicación y alaban la tesis del germano Ehrenberg, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico.

Sigamos con nuestro ejemplo. El señor "C" está maravillado con la perfección del sistema jurídico peruano, pues jamás pensó que a pesar que el bien había sido transferido a "B" mediante una escritura pública falsificada, empero, terminó siendo validada. Por su parte, "A" está decepcionado del sistema legal, pues de manera injustificada, y sin tener la culpa del fraude, resultó privado de su titularidad. Pues bien, hasta allí los teóricos de la "seguridad dinámica" se mostrarían conformes en asegurar las adquisiciones de los terceros que mueven la economía y crean riqueza.

14 Cit. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario", EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944*, Madrid 1995, pág. 91.

Sin embargo, falta un pequeño detalle: al día siguiente, "C" es objeto de una nueva falsificación a favor del señor "D", quien seguidamente vende el mismo bien a "E", el cual sin dudas es un tercer adquirente de buena fe con derecho inscrito en el registro (art. 2014 CC). Inmediatamente "C", antes maravillado por el sistema legal peruano, invoca que la propiedad es inviolable y que nadie puede ser privado de su derecho por una falsificación. El antes entusiasta defensor de nuestro ordenamiento jurídico-registral, ahora se convierte en su principal detractor.

¿Cómo una persona puede estar a favor y en contra de una misma norma legal? La razón de ello es muy simple: el **antes adquirente**, beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ser ahora un **propietario actual**, perjudicado por el concepto de seguridad estática. Es decir, todos los adquirentes se convierten inmediatamente en propietarios, y si en un primer momento la regla privilegia a los terceros, sin embargo, cuando se encuentran en un segundo momento, el mismo sujeto pasa a ser propietario y su derecho se vuelve débil y vulnerable frente a un futuro y potencial tercer adquirente. En consecuencia, **la seguridad dinámica favorece hoy al señor "C", pero mañana fácilmente lo puede perjudicar**.

En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesita y requiere tener seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdese que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por tanto, en ambas posiciones se requiere de seguridad y justicia.

La seguridad dinámica y la estática simplemente no existen; pues la protección del adquirente no acaba en ese momento temporal, sino que requiere protección en cuanto se convierte en propietario. En caso contrario, se trataría de dotar de seguridad para un acto jurídico, pero al mismo tiempo se generaría zozobra e incertidumbre durante todo el tiempo de la situación dominical o propietaria. Pues bien, es claro que estamos en presencia de un falso dilema que se desmorona por sí solo. La doctrina más atenta hace mucho tiempo se dio cuenta de la inexistente dualidad entre ambos "tipos" de seguridad jurídica, pues en realidad se trata de las dos caras de una misma moneda que se encuentran en íntima vinculación e

interdependencia15. En otras palabras, de nada sirve contar con seguridad dinámica si no se tiene seguridad estática.

En tal contexto, los principios registrales de protección a los terceros, tales como el de inscripción declarativa -preferencia del título inscrito sobre el no-inscrito (art. 2022 CC)-, o la fe pública registral -protección del titular inscrito frente a un negocio nulo antecedente (art. 2014 CC)-, simplemente resuelven el problema técnico derivado de sujetos que se encuentran en conflicto por la existencia de distintos títulos de propiedad sobre el mismo bien, o por la nulidad de dichos títulos, y ante esa situación de incertidumbre jurídica se requiere de un mecanismo racional que solvente la duda. En otras palabras, el ordenamiento siempre preferirá un título sobre el otro, por lo que la existencia de la norma conflictual se hace imprescindible. En todos los casos habrá un "potencial domino" que se vea privado del derecho, ya sea por aplicación de los principios registrales o de cualquier otro criterio, tal como la antigüedad del título o la toma de posesión.

Sin embargo, la Constitución protege la propiedad ya adquirida (art. 70º), así como la libertad contractual como mecanismo para que los bienes circulen en el tráfico (art. 2-14º); por tanto, no puede aceptarse que un propietario pueda ser despojado o "expropiado" (en sentido no-técnico) de manera impune cuando no existe un valor fundamental que compense esa solución extraordinaria por la que un titular es privado de su derecho en contra de su voluntad. Aquí se encuentra en juego la racionalidad misma del sistema patrimonial basado en intercambios voluntarios y en el reconocimiento de la posesión. En este ámbito no es posible oponer el interés de la colectividad que favorezca al tercer adquirente, enfrentado al del propietario individual, pues también existe un interés colectivo en la conservación de la propiedad en manos de su titular. Y no se diga en forma demagógica que la defensa del propietario rentista es un simple rezago del individualismo; pues resulta evidente que las adquisiciones a *non domino* jamás buscan socializar la propiedad, sino simplemente atribuírselos a otro sujeto16. Por el contrario, la protección absoluta del adquirente, por sobre el titular real, constituye uno de los postulados naturales del liberalismo salvaje del siglo XIX, por el cual se afimaba la necesidad que los bienes circulen a cualquier costo, fomentando la especulación con el valor de cambio de las cosas, antes que el disfrute17.

15 BOLÁS ALFONSO, Juan. "La documentación como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil". EN: BOLÁS ALFONSO (Coordinador). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1993, pág. 44.

16 Aquí utilizamos las lúcidas consideraciones de: MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Op. Cit., pág. 491-492.

17 Ibid., pág. 492.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado con claridad que el contenido de la propiedad incluye necesariamente la protección del derecho sobre las interferencias externas, a lo que denomina "garantía de indemnidad"; por tanto, ello reafirma que las adquisiciones a *non domino*, como ocurre con los principios registrales, son de aplicación restringida cuando realmente exista un valor o bien constitucional materia de tutela:

> "El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17 de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo aámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, *prima facie*, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La "inviolabilidad" de la propiedad a la que se refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como *garantía de indemnidad*. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo" (Exp. Nº 00043-2007-AA/TC, 6º fundamento jurídico).

IV. LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL TERCERO POR ADQUISICIÓN A *NON DOMINO*. TUTELA DE LA APARIENCIA

Las normas de protección a los terceros no son inconstitucionales *per se*, como lo demuestra su existencia en diversos sistemas jurídicos. Ello se debe a una razón muy simple: existe un mundo real, en el existe un solo bien material que es disputado por los dos hipotéticos titulares; ante tal circunstancia, la ley civil deberá dar una respuesta a la controversia, y uno será beneficiado, mientras el otro será desposeído. Al margen de cualquier pretensión ideal, lo concreto es que el derecho de uno de los contendientes será desconocido, pues la ley no puede inventar un bien para satisfacción del perdedor. Cómo la ley no puede evitar que sucedan estos conflictos, entonces solo queda instaurar normas racionales que brinden soluciones justas con seguridad jurídica. Ahora bien, ello no implica que cualquier "opción" del legislador o cualquier "interpretación" judicial o doctrinal deba ser avalada, pues en tal sentido existe la obligación de respetar y potenciar los valores que informan y guían la Constitución y los tratados de derechos humanos, especialmente la inmunidad de la propiedad.

Por tal razón, "el principio de la adquisición a *non domino* puede tener como toda norma jurídica un sentido social, si se mantiene allí donde realmente se puede justificar la pérdida del derecho del propietario"18. Por tanto, la circunstancia natural o normal es que se imponga la realidad jurídica, esto es, que se proteja al verdadero propietario, sin importar que exista un tercer adquirente de buena fe, cuya cadena de dominio se basa en un título nulo, por lo que en teoría su adquisición se desmorona.

Sin embargo, en determinadas circunstancias excepcionales se valora en forma preferente la posición del tercer adquirente, por sobre la del propietario, ya que se produce un fenómeno denominado "protección de la apariencia", cuando un cierto hecho ha producido un "error común, esto es, cualquier persona en tal situación hubiese creído que procedía conforme a derecho, y siempre que se encuentre amparado en una norma legal. En doctrina se reconoce que la protección de la apariencia se produce cuando concurren los siguientes elementos19:

i) El sujeto actúa sobre la base directa de la situación aparente (por ejemplo: información del registro), por tanto, actúa confiado por la apariencia y por virtud de ella decide realizar la adquisición. La confianza tutelada por la norma es aquella que induce a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, tal como una disposición o una inversión. Es decir, "el tercero **se apoya para actuar**, en la información que se ofrece oficialmente, en el acto o actos jurídicos realizados, o en la mera situación de hecho"20.

ii) El sujeto actúa de buena fe, esto es, desconoce el hecho jurídico contradictorio a pesar de haber tenido una actuación diligente para comprobar o verificar la titularidad previa. La negligencia siempre anula la buena fe.

iii) El sujeto debe contar con un título oneroso, pues solo se protege a quien pierde un derecho y no a quien solo pretende asegurar un lucro. En suma, debe tratarse de un acto digno de protección.

iv) La situación aparente es imputable al titular que finalmente es perjudicado o cuyo derecho se extingue. Es decir, el propietario, por ejemplo, permite que se cree una apariencia que finalmente engaña a un tercero inocente

Nadie puede perder su derecho sin que de alguna manera le sea imputable esa consecuencia, ya sea porque permitió, o toleró, o dio lugar a la situación de apariencia en la cual confió un tercero. Es necesario que el

18 Ibid., pág. 493.
19 EIZAGUIRRE, José María de. *Derecho Mercantil*, Editorial Civitas, Madrid 1999, pág. 231-232.
20 BUSTOS PUECHE, José Enrique. *La doctrina de la apariencia jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid 1999. Pág. 70.

titular actúe con culpa (imputabilidad), pues solo de esa forma se explica que la apariencia termine imponiéndose a la realidad jurídica. Caso contrario, no hay razón justificativa para que el Derecho renuncie a la verdad, ni para que se despoje a un titular cuyo derecho se encuentra protegido por mandato de la Constitución mediante la denominada "garantía de indemnidad".

La indemnidad cede por efecto de la propia culpa del titular que permite la situación de apariencia, que lleva al error común de los terceros, y en tal contexto se privilegia el principio constitucional implícito de seguridad jurídica.

V. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES SUSTANTIVOS SON NORMAS DE TUTELA DE LA APARIENCIA

Los principios registrales son hipótesis concretas de la doctrina jurídica de protección de la apariencia, de ámbito excepcional, y de aplicación estricta con el fin de salvaguardar algunos actos de adquisición que se fundan en la confianza de uno, y que se origina en la apariencia creada por culpa de otro. Puestos en la balanza ambos intereses, la inocencia y diligencia se valora en nivel superior frente a la negligencia de quien no cumple la carga legal de conservación de su derecho.

Solo cuando las normas de protección de la apariencia se mantengan dentro del ámbito estricto de su función y presupuestos, detallado en el párrafo precedente, podrán ser compatibles con la Constitución, pero cualquier exceso en su aplicación o en su interpretación, la hace devenir en inconstitucional para el caso concreto. Por ejemplo, el art. 2014 CC, en abstracto, es constitucional, pero solo si se entiende aplicable a circunstancias excepcionales de tutela del tercero cuya conducta es digna de valoración positiva; y simultáneamente se despoje al propietario por una omisión o acción culpable. Siendo así, las interpretaciones exageradas del 2014 CC son inconstitucionales; y decimos "exageradas" a todas aquellas posturas por las cuales la sola inscripción, por virtud de ese mérito, tiene ya por sí misma la protección del registro. Es decir, el principio de fe pública entendido como principio, y no como excepción, es una clara muestra de interpretación normativa contraria a los valores constitucionales, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado.

Un caso concreto son las falsificaciones de instrumentos públicos que, a pesar de tal circunstancia, llegan a inscribirse; y luego permiten seguidamente que un tercero adquiera confiado en la apariencia registral.

Normalmente se sostiene que tal situación conlleva que el tercero mantenga su adquisición por virtud del principio de fe pública registral (art. 2014 CC). Ésta es una hipótesis típica de interpretación que infringe la Constitución, pues desnaturaliza la garantía de indemnidad que forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

En tal caso, el propietario que sufre la falsificación, es inocente del hecho ilícito que ha dado lugar a la apariencia, por lo que su situación de absoluta neutralidad no puede jugar en su contra, aun cuando el tercero cuente con buena fe. De lo contrario estaríamos simplemente despojando a uno, para terminar atribuyendo el bien a otro, casi por azar, sin racionalidad, sin que el titular originario haya contribuido de forma alguna con la apariencia que le perjudicó. ¿Puede admitirse una interpretación normativa que lleve al despojo arbitrario? ¿Esa es la función que se le confiere el sistema legal a las normas de protección de la apariencia? Las respuestas, en ambos casos, son negativas.

La doctrina de tutela de la apariencia vincula una serie de institutos jurídicos, tales como la posesión, el registro y los títulos valores. En todos ellos puede constituirse un tercero protegido por efecto de su confianza en la situación de apariencia. Eso no es nada nuevo y se conoce desde hace mucho tiempo21. Recuérdese que los pandectistas alemanes del siglo XIX, influidos en el liberalismo económico que pretende hacer circular la riqueza sin tropiezos para beneficio del capitalismo, son los mismos que desarrollan las teorías modernas sobre esas tres instituciones jurídicas. Por tanto, resulta obvio que la doctrina mercantil y la civil se influenciaron recíprocamente22.

Sin embargo, el hecho que los títulos valores y el registro inmobiliario hayan tenido elementos de contacto, especialmente en orden a la función que cumplen en el sistema legal, no es argumento suficiente para pretender igualarlos para cualquier efecto práctico, tal como se hace en una reciente doctrina, francamente exagerada y extremista:

> "En efecto, la letra incorpora el derecho de crédito y lo *independiza*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afecten el negocio causal, convirtiéndolo así y en este sentido,

21 Cuando se lee el libro de Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ (*De la publicidad contractual a la titulación registral*, Thomson-Civitas, Madrid 2008, pág. 153 ss.), se tiene la impresión que éste creyese "estar descubriendo" la vinculación entre los títulos valores y el registro. En todo caso, le aclaramos a dicho autor que ese tema se conoce desde muy antiguo, y que nosotros mismos ya lo hemos expuesto en una **obra anterior a la de Méndez**, y en la que curiosamente hay muchas similitudes respecto a lo que él expone. Nuestro texto es el siguiente: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, **Lima 2002**, pág. 213-229.

22 La creación germánica del derecho cambiario (sobre los títulos valores) pronto es adoptada por el derecho civil mediante los nuevos principios de responsabilidad por la apariencia y protección de la confianza: MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1980, traducción de Ángel Martínez Sarrión, pág. 106.

> en *abstracto* –abstracción personal-. Entre las partes primitivas o primeras rige el contrato; a efectos del tenedor –adquierente cambiario de buena fe- solo rige el contenido de la letra; de este modo, las incertidumbres desaparecen y los derechos de crédito pueden circular.
>
> El Registro de derechos es esta misma tecnología jurídica aplicada al ámbito inmobiliario, con la finalidad de activar el mercado de inmuebles y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez incorporado el contenido de tal derecho –*intabulado*, si se prefiere- al folio registral, una vez que el derecho circule, es decir, cuando alguien lo adquiera del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente –a título oneroso y de buena fe- le afecte únicamente el contenido del Registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste"23.

Hay varias incongruencias en el texto citado, lo que permite **desvirtuar fácilmente** la pretensión (ingenua) de identificar una letra de cambio con el negocio adquisitivo de un bien inmueble.

En primer lugar, la importancia y centralidad de la vivienda y la tierra impiden que se le asimile a la fácil circulación de un título valor. En efecto, el hogar –en sentido material- es una necesidad esencial del hombre, y que en muchos casos se adquiere por una sola vez en toda una vida. Siendo así, los actos de transmisión y adquisición de bienes inmuebles constituyen actos de la máxima importancia, casi místicos y sagrados para el lego, y que jamás podrán igualarse al burocrático endose de una letra. La complejidad en la adquisición de un predio está en relación con la importancia que tiene. Piénsese que cualquier persona cobra tal vez miles de cheques a lo largo de su vida, pero a veces nunca podrá adquirir una vivienda. El Derecho ha realizado perfectamente su trabajo: la circulación de los títulos sobre créditos, más o menos estandarizados y fehacientes, no requiere mayor complicación; pero los inmuebles, y sus variadas vicisitudes, son otra cosa.

En segundo lugar, los títulos valores concentran la titularidad y la posesión; por tanto, solo ejerce el derecho quien tiene en su poder el documento. En cambio, el registro no dice nada sobre la posesión, y es perfectamente posible que ambas situaciones estén disociadas, y muy gravemente, con lo cual el sistema legal debe preferir el interés del poseedor, con lo cual el registro jamás podría dar la seguridad de un cheque.

23 MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando. *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Op. Cit., pág. 168.

En tercer lugar, empaquetar un crédito en un documento que lo incorpore, es una tarea sencilla; lo que no puede replicarse para el caso de los predios, cuyas vicisitudes son más complejas, en orden a los títulos contrapuestos entre sí, cadenas de dominio irregulares, dobles inmatriculaciones, conflicto de linderos, entre muchos problemas. En suma, es imposible la identificación de objetos radicalmente distintos.

En cuarto lugar, la ley civil no reconoce la abstracción cartular para el caso de la transmisión de inmuebles. Este argumento se deduce del art. 2014 CC (análogo al art. 34 de la Ley Hipotecaria Española), por virtud del cual solo se protege al tercero de "título oneroso"; lo que no guarda relación o analogía alguna con la circulación de los títulos valores. En efecto, el tenedor de una letra o un cheque bien pudo adquirirlo a título gratuito, o incluso robar el documento o encontrárselo en una calle. Ninguna de esas circunstancias impedirá que pueda cobrar el crédito siempre que exhiba el título con una cadena meramente formal de endosos, o sin ello, incluso, si se trata de título al portador. Existe aquí, claramente, una abstracción que facilita la liberación del deudor. Por el contrario, la norma registral exige imperativamente que el tercero cuente con causa onerosa para obtener protección, lo que desde ya otorga fundamental importancia al negocio jurídico que sustenta la adquisición. No basta la sola inscripción, pues la propia mecánica registral obliga que consten los negocios y consiguientemente sus causas. Por tanto, no se entiende cómo puede hablarse de "abstracción", ni siquiera para terceros, si la fe pública registral impone que se conozcan las causas negociales.

En quinto lugar, si para Méndez "el sistema registral debe ser análogo al de los títulos valores", entonces un inmueble se transmitiría por la "verdad oficial" que representan las inscripciones, sin necesidad de verificar los negocios jurídicos que le dieron origen. Ya hemos demostrado que esta propuesta es absurda y contraria a ley, pero hay un tema adicional: su autor no se ha puesto a pensar que en la doctrina de los títulos valores, la falsificación de la firma no genera derecho alguno. Es decir, el supuesto obligado que sufre de una falsificación siempre podrá oponerse con éxito frente al tenedor, negando al pago, aunque éste haya adquirido el título de buena fe24. Por tanto, si en los títulos valores el tercero carece de protección frente a una falsificación, entonces lo mismo debe ocurrir en el registro. El registrador español no se ha dado cuenta que su tesis termina limitando la protección registral en contra de su manifiesta intención.

24 "La exención de responsabilidad por la falsedad no solo es consecuencia de la inimputabilidad del acto al sujeto que lo padece. Es el propio empleo de la letra de cambio el que resultaría perjudicado, si no se combatiese jurídicamente la falsedad; del mismo modo que el mercado de obras de arte quedaría anulado en sus cimientos si no se persiguiese la falsedad": EYZAGUIRRE, José María de. *Derecho de los Títulos Valor*, Thomson-Civitas, Madrid 2003, pág. 258.

El principio de fe pública registral, de esta forma, queda reducido a sus justos límites, como mecanismo de tutela excepcional, que no protege los fraudes ni las voluntades inexistentes. Por tanto, se descarta la interpretación extremista que otorga protección al tercero en caso de falsificaciones, suplantaciones o nulidades radicales originadas por la ausencia de voluntad que sustente el negocio jurídico. En todos esos casos, acorde con la garantía de indemnidad que reconoce nuestra Constitución, el derecho del propietario originario (*verus dominus*) queda a salvo.

VI. LOS PRINCIPIOS REGISTRALES CEDEN ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

Pero, el problema de la opinión de Méndez González no solo es de incongruencia jurídica, sino fundamentalmente de corte filosófico y principista, esto es, sobre el modo de ver el Derecho y sobre la posición del hombre en él. En tal sentido, el contradictor expresa una opinión fuera de época, y constituye un claro ejemplo de liberalismo superado, pues solo en el siglo XIX sería admisible que el sistema legal tuviese como único fin que "los bienes circulen", que "se movilice la tierra", o que "prima la seguridad jurídica" (¿seguridad de quién y para qué?; ¿con qué fines?25);

25 Un ejemplo de quien sigue sin entender que el Derecho ya mutó hace tiempo, es el autor de la siguiente opinión: "Desde nuestra línea, asumida en los capítulos precedentes, no compartimos tal opinión, en la medida que la apariencia es un elemento que no puede ser analizado desde un punto de vista objetivo (como sí sucede con la publicidad registral) sino meramente subjetivo. No se establecen reglas, ni límites para determinar cuando un comportamiento cubre las expectativas de una apariencia oponible" (GONZALES LOLI, Jorge. "Protección al tercero registral societario". En: VVAA. *A los doce años de la Ley General de Sociedades*, Editorial Grijley – Cathedra Lex, Lima 2010, pág. 252).
Es inaudito sostener que la apariencia sea "subjetiva", cuando en realidad se trata de "hechos" imputables a la misma persona o empresa, y que como hechos de la realidad sociológica son "objetivos". Ambos (apariencia registral y apariencia social) son datos que se muestran y se exteriorizan ante el mundo. Si un sujeto da a entender que su voluntad es distinta a lo que aparece en el registro (por ejemplo, inscribió la revocatoria del gerente, pero el mismo tiempo éste sigue ejerciendo funciones, dando órdenes y firmando documentos), entonces, ¿a quién perjudicamos? ¿al tercero que es inocente? ¿o a la empresa que permite que el gerente revocado siga en funciones, con lo cual se engañe a los terceros? Es obvio que la doctrina de la apariencia encuentra culpa en la empresa, y protege al tercero de buena fe, inocente en todo este entuerto. **En conclusión, la teoría de la apariencia tutela al tercero, pero en un contexto en el cual se valoran todas las circunstancias del caso, sin encerrarse en el formalismo registral**.
Seguramente Gonzales Loli, partidario del "formalismo", sería de la opinión que la empresa, causante de la situación equívoca, sea quien se beneficie con una solución jurídica que solo podría tacharse de inmoral. El mismo autor también debe ser partidario de eliminar la unión de hecho porque es una apariencia o "hecho subjetivo"; o que las sociedades de hecho (irregulares) sean nulas porque "son hechos subjetivos"; o que los decretos leyes son inexistentes porque son "hechos subjetivos". Dentro de este contexto es lógico que él mismo sostenga que: "el asiento registral prime sobre el título archivado, normalmente una escritura pública". Curioso caso de quien ejerce la actividad notarial, pero que simultáneamente piensa que su propia escritura **no vale nada ni tiene utilidad,** pues un simple error del registrador al momento de extender el asiento se sobrepone, o deroga, el "título archivado".
Por lo demás, la protección de los terceros centrado única y exclusivamente en el formalismo registral, conlleva que "no exista nada más que el registro"; "toda otra consideración no importa ni tiene

olvidándose por completo del ser humano, su dignidad y otras consideraciones que hacen inviable regresar a un registro como "verdad oficial". Hoy se habla del derecho a la vivienda como derecho humano de carácter económico y social establecido por diversos tratados internacionales (se inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que no es propiamente tratado, y se consagra en el Pacto

relevancia"; en suma, se dice que esa es el mecanismo más eficiente para lograr la "seguridad jurídica". Aquí exponemos textualmente la idea del contradictor: "De esta manera se garantizaría realmente la seguridad de quien contrata bajo la fe de lo inscrito en el registro de sociedades frente a toda inexactitud registral" (GONZALES LOLI, Jorge. "Protección al tercero registral societario". En: VVAA. *A los doce años de la Ley General de Sociedades*, Editorial Grijley – Cathedra Lex, Lima 2010, pág. 258).

En buena cuenta, el registro se convierte por arte de magia legislativa en la única verdad, en la "verdad oficial". **Aquí vamos a desmontar de manera definitiva esa opinión**:

En primer lugar, la verdad es única, por lo que el adjetivo "oficial" sale sobrando. Eso me hace recordar a los "comunicados oficiales" de una dictadura, que justamente por ser tales ya generan sospecha de que se trate una falsedad. Por tanto, la afirmación de que el Registro es una "verdad oficial" nos lleva a rechazarla pues se trata de una desviación lingüística fuera de lugar.

En segundo lugar, la verdad se da en el mundo de los hechos, y no es posible que la existencia de un hecho se imponga verticalmente por parte del Estado, a *manu militari*.

En tercer lugar, desde una perspectiva crítica, de tono científico y filosófico, es obvio que no existen verdades oficiales, sin contraste con el mundo real. Parece algo impuesto, arbitrario e irrazonable. La ciencia moderna descarta que exista un conocimiento oficial.

En cuarto lugar, constituye una pretensión exagerada, injusta y desproporcionada, pensar que la única verdad es la que se encuentra en unos libros del Registro, y que todo lo que pase u ocurra fuera de esos libros simplemente no existe, no vale, no tiene importancia o carece de relevancia jurídica, ya que todo se descarta por el fácil expediente de cerrar los ojos ante la realidad. Sin dudas, la "verdad oficial del Registro" es una ingenuidad digna de mejor causa. La siguiente opinión pone las aguas en su nivel:

"Hablar, por tanto, de verdad oficial es una manifestación de arrogancia similar a la del que pretendiese poner límites al campo. No hay tal verdad oficial, ni puede haberla, por mucho que sea el cuidado que se ponga en lograrla: la realidad de los hechos siempre la excederá. En esta vida no hay nada que sea gratuito, y convertir lo que tradicionalmente se ha considerado como apariencia especialmente protegida en verdad oficial, no es otra cosa que pretender, so pretexto de que toda la realidad está en el Registro, que el Registro sea la realidad. Y esto es, de entrada, una ficción; y si la puerta del Registro la guarda alguien que no sea juez, es, además, una arbitrariedad" (LÓPEZ BURNIOL, Juan José. "Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias". En: www.vlex.com/vid/238440, pág. 39).

La "verdad oficial" en el registro implica negar la realidad, vivir en una ficción, volver al mundo platónico de las ideas; y eso en el Derecho conlleva a deslegitimar cualquier orden jurídico. Nunca un sistema de normas puede asentarse en la sola apariencia o en la ficción sin contenido.

Vamos a poner un ejemplo adicional sobre los efectos que produce encerrarse en el formalismo y desoír la realidad. Hoy el número de parejas en unión de hecho supera notoriamente a las nacidas del matrimonio. Esa es una verdad incontrastable y fuera de discusión. Paradójicamente el Código Civil regula las uniones de hecho en 2 artículos, mientras que el matrimonio tiene 200; pero en fin, ese es otro tema derivado del desfase de nuestro legislador. Pues bien, ¿qué pasaría si un hipotético legislador, apegado a las formas, decidiera desconocer las uniones convivenciales a efecto de prestar reconocimiento exclusivo al matrimonio? ¿Acaso ello impediría que se produzca el concubinato? Por supuesto que no. El resultado de un ordenamiento solemne, como el propuesto, conllevaría la disolución del orden jurídico, ya que rápidamente la sociedad dejaría de sentirse representada por ese derecho de formas, y que no tiene en cuenta los hechos.

Téngase en cuenta que mientras en la Teoría General del Derecho se habla de la "derrotabilidad" de los principios jurídicos, ya que es perfectamente posible que queden parcialmente de lado cuando entran en conflicto dos o más principios. Ello significa que en el ámbito de los derechos fundamentales se acepta la relatividad de soluciones; mientras que en el registro se camina contracorriente, pues allí se postula el absolutismo de la "verdad oficial, única y sagrada". Es decir, un derecho registral en contradicción con la filosofía y teoría jurídica.

Internacional de derechos económicos, sociales y culturales); o el derecho humano a la tierra, derivado de los derechos humanos a la vida (digna), a la alimentación, a la salud y al entorno adecuado. Asimismo, las Cortes Internacionales vienen sosteniendo la importancia de la propiedad comunal indígena, por cuanto debe respetarse la relación tradicional que existe entre el hombre y la tierra como parte de la cultura ancestral (Convenio Nº 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales), y en donde el suelo no es una simple mercancía materia de "circulación" para beneficio de constructoras, inmobiliarias, mineras o trasnacionales. En tal contexto, nada significa el formalismo registral.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la propiedad comunal es más una forma de vida, que una simple mercancía que se negocia en el mercado; e incluso ha ordenado que los Estados repongan la tierra a sus titulares originarios (indígenas), aun cuando hubiese cambiado de manos. El Alto Tribunal se manifiesta así en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

> "Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Los miembros de la Comunidad poseen una <relación omnicomprensiva> con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio, no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, pero, en el presente caso, no se ha adoptado las medidas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce comunal tradicional".

En esta situación nada importa la fe pública registral, o la protección de la apariencia, ni la buena fe, pues se está en presencia de consideraciones jurídicas basadas en el hombre, y no en los intereses pecuniarios. La Corte IDH dice lo siguiente en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay:

> "Conforme a la propia legislación paraguaya, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tienen el derecho a solicitar que se les devuelva sus tierrras tradicionales, **aun cuando éstas se encuentren en manos privadas** y no tengan plena posesión de las mismas. Respecto a la limitación temporal del derecho de recuperación, se considera que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad no ha caducado".

El hombre necesita como elemento vital la vivienda y la tierra para solventar sus necesidades más elementales de descanso, intimidad y hasta

felicidad como individuo con mundo interno, inseparable a él, y también dentro de un contexto social pues sirve de albergue a la familia. La tierra es, muchas veces, la adquisición de toda una vida de trabajo y esfuerzo, que otorga paz, tranquilidad y permite que se cumplan en la práctica, otros derechos humanos que le corresponden a la persona y su dignidad intrínseca.

El derecho a la vivienda no se basa en el formalismo registral, sino en la tenencia efectiva de la unidad inmobiliaria que sirve de ámbito material de la vida del ser humano, sustento de paz y tranquilidad individual y familiar. La falta de vivienda adecuada no solo atenta contra la dignidad del hombre, sino que impide a los perjudicados el goce de muchos de sus derechos humanos, tanto civiles como políticos, o los económicos y sociales. La Organización de las Naciones Unidas advierte que la inobservancia del derecho a la vivienda se debe, entre otras causas, a la especulación con la vivienda, las mega-compras con fines de inversión y rápido retorno, los proyectos de desarrollo de infraestructura a gran escala26. Mientras la humanidad está tratando de hacer efectivo el acceso a la vivienda de los más pobres, otros siguen bajo la perspectiva de impulsar la especulación del suelo como único mecanismo de desarrollo y riqueza (para algunos). En tal sentido se dice que: "De acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado. El derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otras cosas, el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, familia, hogar y el derecho a la **seguridad jurídica de la tenencia**"27. Nótese que se habla de seguridad de la tenencia, esto es, de la posesión de la vivienda, como elemento clave del derecho humano, y no por solo efecto de una inscripción.

Inclusive, hoy se habla del "derecho humano a la tierra", como sustento de vida y dignidad de comunidades, agricultores, seres humanos; y cuyo reconocimiento permitirá que sus derechos puedan ser ejercidos a plenitud. Compárese esta inquietud social, con la pobre alocución de los que siguen anclados en el formalismo de un registro como mecanismo de "seguridad jurídica de los adquirentes". **Sin duda, el Derecho ha cambiado, pero algunos todavía no se han dado cuenta**, y siguen anclados en el formalismo, en el positivismo, en el conceptualismo, o en las "verdades

26 *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sra. Raquel Rolnik, y sobre el derecho de no discriminación*, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/63/275 de 13 de agosto de 2008, pág. 6.

27 *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006, Anexo I: Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*, ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/18 de 5 de febrero de 2007, pág. 18.

oficiales" o en la trampa de la "seguridad jurídica"; que solo es seguridad de los poderosos. Aquí las apreciaciones del Relator Temático de Vivienda de la ONU:

> "29. Sin un reconocimiento adecuado de los derechos tanto individuales como colectivos sobre la tierra, el derecho a una vivienda adecuada en muchos casos no se puede ejercer de forma eficaz. No obstante, el derecho a la tierra no está únicamente vinculado al derecho a una vivienda adecuada, sino que está integralmente relacionado con los derechos humanos a la alimentación, el sustento, el trabajo, la libre determinación y la seguridad de la persona y del hogar y el sostenimiento de los recursos comunes de propiedad. La garantía del derecho a la tierra es por tanto fundamental para la mayoría de la población mundial que depende de la tierra para sus vidas y sustento. En el contexto urbano, el reconocimiento jurídico de los derechos sobre tierra con frecuencia es crucial para proteger el derecho a una vivienda adecuada, en particular el acceso a los servicios esenciales y a los modos de ganarse la vida, especialmente para los pobres de las zonas urbanas"28.

Nada de esto le interesa a Méndez González, ni Gonzales Loli, quienes sostienen exactamente lo mismo que decían los liberales decimonónicos hace dos siglos, con el agravante que ignoran las nuevas concepciones jurídicas, las distintas realidades sociales, la configuración personalista del Derecho luego de dos guerras mundiales, que se traduce en la centralidad del hombre, en el reconocimiento universal de los derechos humanos, en el Estado Constitucional y Social de Derecho y en la progresiva implantación, ya irreversible, de los derechos económicos, sociales y culturales. Parece que el autor español ha quedado atrapado en el tiempo, aunque no por añoranza con el pasado, sino por defensa de intereses corporativos de un grupo de privilegiados.

28 *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari, aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General de 15 de marzo de 2006,* ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/18 de 5 de febrero de 2007, pág. 11.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

EL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA JURISPRUDENCIA

DELGADO PÉREZ, César Enrique. "El principio de la fe pública registral en la jurisprudencia". Diálogo con la Jurisprudencia N° 134. Gaceta Jurídica.

COMITÉ CONSULTIVO

Sandro Schipani (Italia) / Francisco Fernández Segado (España) / Eduardo García de Enterría (España) / Antonio Pérez Luño (España) / Néstor Sagüés (Argentina) / Germán Bidart Campos (Argentina) / Atilio Aníbal Alterini (Argentina) / Luis Moisset de Espanés (Argentina) / Jorge W. Peyrano (Argentina) / Agustín Squella (Chile) / Manuel Rivacoba y Rivacoba (Chile) / Fernando Vidal Ramírez (Perú) / Carlos Fernández Sessarego (Perú) / Fernando de Trazegnies (Perú) / Domingo García Belaunde (Perú) / Guillermo Figallo Adrianzén (Perú)

COMITÉ DIRECTIVO

Walter Gutiérrez Camacho
DIRECTOR

César Landa Arroyo / Carlos Ramos Núñez / Javier Neves Mujica / Gastón Fernández Cruz / José Palomino Manchego / Juan Morales Godo / Carlos Mesía Ramírez / Víctor García Toma / Elvira Martínez Coco / Manuel Muro Rojo / Yuri Vega Mere / Luis Bramont-Arias Torres / Raúl Canelo / Alfredo Bullard / Juan Espinoza Espinoza / Miguel Torres Méndez / Marianella Ledesma Narváez / Samuel Abad Yupanqui / Oswaldo Hundskopf Exebio.

NÚMERO 134
NOVIEMBRE
2009
publicación mensual

(01)710-8900 / TELEFAX: (01)241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe
www.gacetajuridica.com.pe

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL
GACETA JURIDICA

JURISPRUDENCIA REGISTRAL

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL	El principio de fe pública registral en la jurisprudencia	277
ENTRE CORCHETES COMENTARIOS Y ANOTACIONES	Inmuebles independizados de un predio matriz constituido como patrimonio familiar no pueden desafectarse	307
	Transferencia de propiedad por mandato sin representación no requiere valorización	314
TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES	Principio de fe pública registral	319

Análisis y crítica jurisprudencial

EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA JURISPRUDENCIA

César Enrique DELGADO PÉREZ(*)

TEMA RELEVANTE

En el presente artículo, el autor hace una revisión de las casaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República que se han ocupado de los presupuestos y alcances del principio de fe pública registral, a fin de hacer predecible la configuración de este principio y por consiguiente de la protección registral de quienes contratan e inscriben sus derechos confiando en la publicidad registral.

I. CONCEPTO

José Manuel García García señala que el principio de fe pública registral "es aquel principio hipotecario en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición a *non domino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley"(1).

En la exposición de motivos del artículo 2014 del IX Libro de Registros Públicos del Código Civil peruano de 1984, se señala que "si se pretendiera dar una definición de este principio, se diría que es aquel que protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar

(*) Abogado y egresado de la maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo con tesis sustentada y aprobada. Registrador Público de la Zona Registral N° II Sede Chiclayo.

(1) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 227.

dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes".

De acuerdo con ello podemos señalar que el principio de fe pública registral protege a quien adquiere e inscribe un derecho ya registrado, manteniéndolo como su titular, aun cuando el derecho de su transferente devenga en ineficaz. Para lograr tal protección se requiere reunir un conjunto de requisitos previstos en el artículo 2014 del Código Civil peruano de 1984.

Este principio registral guarda relación con la garantía consagrada en el inciso d) del artículo 3 de la Ley N° 26366: "La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del registro".

II. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL DERECHO PERUANO

En el Perú, el antecedente de este principio lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 90 del Reglamento Orgánico de la Ley de 1888 que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, el que estableció lo siguiente: "Los contratos o actos que se ejecuten por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro".

El Código Civil de 1936 en su artículo 1052 estableció que "los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro".

En la exposición de motivos del Libro de Registros Públicos del Código Civil de 1984[2], se señala que: "En cuanto a la influencia española, ella se ha producido directamente en el principio de fe pública registral (...) nuestro código no contiene ninguna novedad, pero sí un perfeccionamiento respecto del principio de fe pública registral. La influencia de la Ley Hipotecaria española continúa vigente".

Más adelante se señala que "este artículo o sus similares constituyen en todo sistema registral donde aparecen, la médula central de su estructura y la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial. Consagra el principio de fe pública registral y constituye, respetando la importancia de otras modificaciones o innovaciones, el más trascendental avance en materia de Derecho Registral".

La principal influencia extranjera en este principio lo constituye el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española del 8 de febrero de 1946, el cual establece lo siguiente: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante, por virtud de causas que no consten en el mismo registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente".

III. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

En nuestro Código Civil coexisten el sistema que regula la transferencia de la propiedad y el sistema registral que busca proteger de una manera más efectiva a quienes registran los derechos que adquieren. Al primero suele denominársele Derecho Común y está constituido por las normas contenidas en los distintos libros que conforman el Código Civil, con excepción del Libro IX, como es el caso de las normas que regulan los requisitos de validez de los actos jurídicos y las normas que regulan la transferencia de la propiedad. Al segundo se le conoce como Derecho Registral y sus normas las encontramos principalmente en el Libro de Registros Públicos del Código Civil así como también en la Ley N° 26366 y los reglamentos aprobados por la Sunarp. Ambos sistemas se complementan y por ello es preciso interpretarlos en forma sistemática.

Ahora bien, es una regla en el Derecho Común que los actos jurídicos que adolecen de ineficacia estructural no llegan a producir efectos jurídicos[3]. Así, un contrato de

(2) Exposición de motivos oficial del Libro IX del Código Civil de 1984. Libro de Registros Públicos. Separata especial publicada en el diario oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 1990.

(3) El recordado profesor Lizardo Taboada Córdova enseñaba que "en los supuestos de ineficacia originaria el negocio no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubieran producido por haber nacido gravemente enfermo. La ineficacia originaria se presenta en dos supuestos: la nulidad y la anulabilidad, recibiendo ambas el nombre genérico de invalidez en el Código Civil peruano". Asimismo señalaba que "el negocio nulo nunca produce los efectos jurídicos que tenía que haber producido y se dice por ello que nace muerto". TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley. Lima, 2002, pp. 298 y 300.

compraventa que adolezca de causales de nulidad no surtirá el efecto jurídico de transferir la propiedad al comprador[4]. De igual manera, los actos jurídicos que tengan como sustento al acto jurídico nulo, sufrirán el arrastre de la nulidad, "pues por Derecho Civil la nulidad absoluta y la anulabilidad perjudican a terceros civiles, por el efecto de arrastre o en cadena de toda nulidad"[5].

Sin embargo, cuando se trata de derechos inscritos el panorama es distinto, por cuanto entran a regir las normas del Derecho Registral que constituyen una excepción al efecto civil de arrastre de nulidades. El Derecho Registral neutraliza los efectos de la nulidad del título que sustentaba el derecho del transferente, protegiendo al adquirente que reúna los requisitos exigidos por el artículo 2014 del Código Civil.

La razón por la que nuestro sistema prefiere proteger al tercero registral sacrificando al verdadero propietario del bien, encuentra su fundamento en la seguridad del tráfico inmobiliario o seguridad dinámica.

El Derecho Civil brinda seguridad jurídica a los derechos, estableciendo que los titulares de estos no se vean privados de ellos sin su consentimiento. Esta versión de la seguridad jurídica también ha sido trasladada al ámbito registral cuando el adquirente de un derecho lo registra, dotando a su derecho de una mayor eficacia. La protección registral a los titulares de derechos inscritos está implícita en el artículo 2013 del Código Civil, el que exige el emplazamiento judicial del titular registral para despojarlo de su derecho inscrito y cancelar su inscripción registral[6]. Esta protección se relaciona con la garantía de intangibilidad de los asientos registrales prevista en el artículo 3 inciso b) de la Ley N° 26366, según la cual, para rectificar, modificar o cancelar una inscripción, se requiere el consentimiento de su titular o una sentencia firme en la cual haya sido demandado. Es decir, no se puede alterar el contenido de las inscripciones a espaldas de su titular, salvo los casos de rectificaciones de errores previstos en el Reglamento General de los Registros Públicos.

Frente a esta seguridad, llamada también seguridad de derechos o estática, encontramos a la seguridad dinámica o seguridad del tráfico jurídico, que busca proteger a quienes adquieren e inscriben derechos, confiando en la información publicitada por el registro. Esta versión de la seguridad jurídica la encontramos consagrada en el artículo 2014 del Código Civil, que regula el principio de fe pública registral, el cual mantiene en su derecho al tercero registral a pesar de la nulidad del título de su transferente. "La protección registral supone, así, quedar un titular verdadero privado de su derecho en beneficio de otra persona que adquirió de quien parecía titular, pero no lo era"[7].

La Corte Suprema de Justicia de la República, ha resaltado los fundamentos del principio de fe pública registral. Así, hemos encontrado las siguientes casaciones:

En la **Cas. N° 203-2001-La Libertad**, de fecha 10 de octubre del 2001, se estableció que "el artículo 2013 del Código Civil recoge el principio registral que señala que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. El numeral 2014 del mismo código establece el principio que determina que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. **Ambos principios preconizan que el tercero que actúa bajo la fe pública registral se halla protegido por las garantías registrales y se halla protegido de la seguridad jurídica que le confiere el registro**"[8].

En la **Cas. N° 1951-2001-Puno** de fecha 26 de junio del 2002[9], se estableció que "el fundamento del principio de la fe pública registral radica en la necesidad de **asegurar el tráfico patrimonial** cuyo objeto consiste en proteger

(4) En la Cas. N° 2173-2008-Lima de fecha 25/11/2008 (*El Peruano*, 30/09/2009, p. 25621), se estableció que "la nulidad de un acto es un instituto legal que sanciona al acto jurídico por vicio intrínseco insubsanable al tiempo de su celebración siendo su finalidad la declaración de la invalidez del acto realizado".

(5) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 231.

(6) La jurisprudencia registral ha establecido que "se encuentra dentro del ámbito de calificación registral, la evaluación de la adecuación del título presentado con el antecedente registral, lo cual implica determinar que el procedimiento notarial de prescripción adquisitiva de dominio se haya seguido contra el titular registral en el caso de que el predio se encuentre inscrito" (Resolución N° 316-2007-SUNARP-TR-L); y, que "a efectos de verificar la adecuación del título presentado con el derecho inscrito, se requiere acreditar la notificación o emplazamiento del titular registral en el procedimiento de prescripción adquisitiva seguido en sede notarial" (Resolución N° 520-2007-SUNARP-TR-L).

(7) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo III Bis. Segunda edición, Dykinson, Madrid, 2003, p. 45.

(8) Su texto puede verse en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.

(9) Ídem

las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales".

En la **Cas. N° 1766-2002-Piura**[10] del 15 de octubre del 2002, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de enero del 2003, se estableció que "este Supremo Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que el fundamento del principio de la fe pública registral radica en la necesidad de **asegurar el tráfico patrimonial,** cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen terceros adquirentes y que se hayan confiado en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y suficiente el contenido de los asientos registrales, vale decir, la ley ha preferido la seguridad jurídica que produce el efecto *erga omnes* de las inscripciones registrales".

> ***"La protección registral a los titulares de derechos inscritos está implícita en el artículo 2013 del Código Civil, el que exige el emplazamiento judicial del titular registral para despojarlo de su derecho inscrito y cancelar su inscripción registral."***

En la **Cas. N° 2186-2003-Junín**[11] del 25 de mayo del 2004, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de marzo del 2005, se estableció que "el fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de **asegurar el tráfico patrimonial** cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirentes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales: es así que las inscripciones del registro se consideran exactas y completas, respecto de terceros adquirientes de buena fe, ya que quien adquiere el derecho de hipoteca, confiado en la exactitud del registro deviene en titular de la hipoteca. Que, el legislador, al redactar el Código Civil, está de acuerdo con esta posición (exposición de motivos oficial al Libro de los Registros Públicos: doctor Jack Bigio Chrem); siendo esto así, la fe pública registral protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes".

En la **Cas. N° 336-2006-Lima** de fecha 28 de agosto del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de febrero del 2007, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso de nulidad de acto jurídico, consideró lo siguiente: "Que, ahora bien, además del derecho de familia, nuestro Código Civil ha contemplado también en su Libro IX, el Derecho Registral, el mismo que descansa en el principio de la fe pública registral la cual responde a la necesidad de **asegurar el tráfico patrimonial**, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen terceros adquirientes y que se hayan confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y suficiente el contenido de los asientos registrales, vale decir la ley ha preferido la seguridad jurídica que produce el efecto *erga omnes* de las inscripciones registrales; de tal modo que el contenido y alcance de las normas registrales deben ser armonizadas con las disposiciones del derecho de familia. Que, entonces, continuando con el fundamento de la fe pública registral, se tiene que, en consonancia con dicho propósito, se contempla, entre otros, los principios de publicidad y legitimación, recogidos en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Sustantivo, en cuyas virtudes se presume de modo *jure et de jure* que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, y de modo *juris tantum* que dicho contenido se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez".

En la **Cas. N° 2884-2005-Puno**, de fecha 30 de octubre del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril del 2007, se estableció que "el fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirientes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, el Código Civil en su artículo dos mil doce reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales".

En la **Cas. N° 292-06-Lima** de fecha 30 de octubre del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril del 2007, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, consideró que el artículo dos mil catorce del Código Civil "consagra el principio de fe pública registral que (...) busca proteger al tercero

(10) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 53, año 9, febrero, 2003, pp. 152-153.

(11) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 79, año 10, abril, 2005, pp. 311-315.

que ha adquirido, de buena fe, un derecho de quien finalmente carecería de capacidad para otorgarlo, **lo que implica la búsqueda de la seguridad en el tráfico inmobiliario, y que supone a veces un sacrificio en la seguridad del derecho**".

IV. REQUISITOS DEL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

El principio de fe pública registral exige la concurrencia de los requisitos contenidos en el artículo 2014 del Código Civil, los que han sido desarrollados por la jurisprudencia. Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que los requisitos deben concurrir copulativamente, de tal manera que ante la ausencia de alguno de ellos, no se configurará el citado principio registral.

En la **Cas. N° 2250-2001-Camaná-Arequipa**[12] de fecha 22 de octubre del 2001, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de febrero del 2002, se estableció que "el artículo dos mil catorce del Código Civil consagra el principio de buena fe registral, el que para su aplicación **requiere la concurrencia copulativa** de los siguientes requisitos: **a)** que el adquirente lo haga a título oneroso; **b)** que el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir se trata de una presunción *iuris tantum*; **c)** que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; **d)** que el adquirente inscriba su derecho; y **e)** que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos en los Registros Públicos que gocen del principio de publicidad registral, resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. Que, en ese entendido queda claro que el principio antes mencionado busca proteger al tercero que ha adquirido un derecho de quien finalmente carecería de capacidad para otorgarlo, lo que implica la búsqueda de la seguridad en el tráfico inmobiliario, búsqueda que implica a veces un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que el legislador para amorigerar dicho sacrificio dificulta el acceso al principio mencionado, el que para ser alegado deberá reunir copulativamente los requisitos señalados".

A continuación desarrollemos cada uno de los requisitos que debe reunir quien pretenda ser considerado un tercero registral.

V. ADQUISICIÓN ONEROSA

El tercero registral a que se refiere el artículo 2014 del Código Civil debe haber adquirido un derecho a título oneroso, esto es, ha debido despojarse de parte de su patrimonio a cambio del derecho adquirido. De ahí que, quienes adquieren derechos a título gratuito, esto es, sin desprenderse de parte de su patrimonio, no pueden convertirse en terceros registrales.

Señala Fernando Tarazona que "el argumento que se da para proteger solamente al que adquiere en forma onerosa es el de que solo en estos casos el adquirente experimenta disminución de patrimonio, situación que no se presenta en el caso del adquirente a título gratuito. Es más, en este último caso se dice que es preferible proteger el derecho del titular extrarregistral, en razón de que de no hacerlo, experimentaría una disminución de su patrimonio"[13].

Serán adquirentes a título oneroso quienes adquieren el derecho de propiedad como consecuencia de la celebración de contratos con prestaciones recíprocas (por ejemplo, compraventa, permuta). También quienes adquieren la propiedad del bien por dación que hace de él su deudor (dación en pago), los que adquieren por adjudicación judicial, por transacción, por ejercer la opción de compra proveniente de un contrato de arrendamiento financiero y todos aquellos que se desprendan de parte de su patrimonio para adquirir la propiedad del bien registrado. También son terceros onerosos quienes adquieren derechos reales de goce, siempre y cuando hayan asumido contraprestaciones a cambio de usar y disfrutar del bien. Asimismo, los acreedores hipotecarios, por cuanto han recibido en garantía el inmueble en respaldo de un crédito concedido al titular del bien o a un sujeto garantizado por él.

No estarán protegidos quienes adquieren algún derecho sobre el bien inscrito a título gratuito. Así tenemos a los herederos, a los donatarios, a los anticipados, a quienes reciben un derecho real limitado o de goce a título gratuito. También quedan excluidos los embargantes por cuanto ellos no adquieren un derecho real de parte del titular registral.

(12) Su texto se puede ver en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°41, año 8, febrero, 2002, p. 239-241. También puede verse en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>. Igual criterio se acogió en la Cas. N° 3371-2001-Lima de fecha 25 de setiembre del 2002, en la Cas. N° 695-99-Callao de fecha 22 de julio de 1999, en la Cas. N° 292-2006-Lima de fecha 30 de octubre del 2006 (*El Peruano*, 2 de abril del 2007, p.19196), en la Cas. N° 5072-2006-Lambayeque de fecha 29 de abril del 2008 (*El Peruano*, 30 de enero del 2009, p. 23716), en la Cas. N° 3158-2005 Lambayeque de fecha 10 de julio del 2006, (*El Peruano*, 1 de diciembre del 2006, p. 18131), en la Cas. N° 3047-2007-Lima de fecha 11 de setiembre del 2007 (*El Peruano*, 31 de enero del 2008, p. 21489), en la Cas. N° 1208-2006-Piura (*El Peruano*, 2 de julio del 2007, p. 19783), en la Cas. N° 3088-06-Lima de fecha 13 de junio del 2007 (*El Peruano*, 1 de octubre del 2007, p. 20454).

(13) TARAZONA ALVARADO, Fernando. "Algunas consideraciones referentes a la fe pública registral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 61, año 9, octubre, 2003, p. 63.

En la **Cas. N° 5312-06-Lima** de fecha 15 de agosto del 2007, publicada el 30 de mayo del 2008 (p. 22167), en un proceso de tercería de propiedad, se estableció que "**debe apreciarse que la protección que brinda este principio a los terceros que de buena fe adquirieron un derecho inscrito en el registro rige solo cuando se trata de la adquisición de tal derecho a título oneroso**, circunstancia que no es la que se presenta en autos, pues la inscripción de un embargo no es el resultado de una adquisición a título oneroso de algún derecho, sino el cumplimiento de un mandato judicial que persigue asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva a recaer en un proceso determinado, específicamente en el proceso sobre obligación de dar suma de dinero".

En la **Cas. N° 2533-2006-Lima** de fecha 23 de agosto del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de noviembre del 2006 (p. 17820), en un proceso sobre mejor derecho de propiedad, en el que se enfrentaban el comprador del bien que no registró su derecho, dejando que el bien continuara a nombre del vendedor, y el heredero del vendedor que en esa circunstancia había inscrito su derecho, estableció lo siguiente: "El título que tiene inscrito el demandado es la sucesión intestada de su padre y causante (...), por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 660 del Código Civil, es el continuador de su personalidad jurídica, en sus bienes, derechos y obligaciones. Como ya se ha establecido en la instancia, dicho causante vendió al demandante el diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y seis los derechos y acciones que le correspondían en el inmueble materia de autos, por lo que a la fecha de su fallecimiento y sucesión, dicho bien ya no se encontraba entre sus derechos, ya no formaba parte de su patrimonio, por lo que resultaba imposible su transmisión sucesoria (...) El recurrente no es un tercero que ha adquirido un bien. No es un acreedor de este. En ese sentido, la inscripción de tal sucesión, en la partida registral correspondiente a un inmueble que había sido transferido anteriormente por su causante, no le otorga un mejor derecho. Esa inscripción no es válida (...)".

Este criterio ha sido recogido en el artículo 64 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, al establecerse que "las transferencias a favor de terceros por el causante antes de su fallecimiento, podrán inscribirse aun cuando en la partida registral del predio se hubiera inscrito la sucesión a título universal, siempre que su inscripción no perjudique a terceros".

De acuerdo con esta norma, a pesar de que los herederos hubiesen inscrito la traslación de dominio por sucesión, ello no será obstáculo para registrar la transferencia del bien que hubiera hecho el causante a favor de un tercero. Ello se fundamenta en el hecho de que al producirse la sucesión, dicho bien ya no era parte de la masa hereditaria, así como en que los herederos no son terceros registrales. Distinto es el caso de quien, confiando en la traslación de dominio por sucesión, adquiere de los herederos la propiedad e inscribe su derecho, a pesar de que extrarregistralmente el bien era de quien adquirió onerosamente del causante. En este último supuesto, serán protegidos quienes adquirieron de los herederos sacrificándose a quien adquirió del causante y no registró su derecho.

VI. LA BUENA FE REGISTRAL

En la exposición de motivos del artículo 2014 del Código Civil de 1984, se señala que "siendo el concepto de buena o mala fe tan personalísimo resulta quizá ocioso afirmar que este requisito debe ser cumplido por el adquiriente y solo por él. La circunstancia de que el transferente del derecho tenga buena o mala fe es absolutamente irrelevante para los efectos de impedir o permitir al adquiriente constituirse en tercero registral".

En ello concuerda Lacruz Berdejo, para quien **no se exige**, "ni ello tendría sentido, la buena fe del transferente, aunque este sepa que enajena lo que no es suyo, en perjuicio de su verdadero dueño, el tercero que ignora tal circunstancia será protegido por el registro"[14].

Precisa José Manuel García García[15] que son tan distintas las manifestaciones de la buena fe según los distintos campos jurídicos, siendo una de sus manifestaciones la buena fe en el Derecho Hipotecario.

VII. LA BUENA FE COMO DESCONOCIMIENTO Y COMO CREENCIA

El mismo García García señala que se suele distinguir dos aspectos en el concepto de buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: un aspecto negativo y un aspecto positivo.

En sentido negativo, "puede definirse la buena fe de dicho precepto, como el **desconocimiento**, o sea, aspecto negativo del no conocimiento de una inexactitud registral. Recuérdese que el párrafo segundo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria dice que la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Si el conocimiento de la inexactitud del registro desvirtúa la buena fe del tercero, es que la buena fe es el desconocimiento de la inexactitud del registro"[16].

(14) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 182.
(15) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 300.
(16) Ibídem, p. 305.

En sentido positivo, la buena fe es entendida como **creencia** en algo. Así, Juan Vallet de Goytisolo, citado por García García[17], señala que la buena fe del tercer adquirente es "aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que este es el titular real y puede disponer de dicho derecho".

Otros autores acogen una posición mixta y consideran que ambos aspectos definen a la buena fe. Así, Lacruz Berdejo señala que "buena fe, pues, será, al igual que en los artículos 433 y 1950 del Código Civil, la ignorancia del adquirente de que la titularidad de su causante está viciada o no existe ya en él, y, correlativamente, la creencia de que es dueño de la cosa y puede transmitir su dominio"[18].

Cristóbal Montes, citado por Lacruz Berdejo, con mayor detalle expresa que "la creencia del tercer adquirente de que su transferente es titular real del derecho enajenado; de que este no soporta más limitaciones o gravámenes que los registralmente proclamados, de que la titularidad de su causante no padece vicio que pueda provocar su destrucción; creencia o confianza que descansa en la ignorancia o desconocimiento, por parte del adquirente, de las causas que excluyen, limitan o vician el derecho o titularidad del transferente, y que no constan expresa o claramente en el registro"[19].

Roca Sastre señala que "aunque el artículo 34.2 de la Ley Hipotecaria entiende por buena fe el desconocimiento de la inexactitud del registro por parte del tercer adquirente, ya hemos dicho que este sentido negativo de la buena fe hipotecaria equivale al sentido positivo de la misma buena fe, o sea, la creencia o confianza en la exactitud del registro, entendido también este concepto en sentido amplio de creer y confiar, no solo en que el contenido registral es exacto, sino también, que la titularidad registral del transferente no adolece de vicio alguno de carácter jurídico-real"[20].

García García prefiere la definición de la buena fe hipotecaria como desconocimiento de la inexactitud registral. Señala que "sin negar que se trata de dos aspectos muy unidos, pues al haber desconocimiento ello puede llevar consigo un estado de creencia correlativo, sin embargo, entendemos que lo verdaderamente definitorio del concepto de buena fe hipotecaria del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la situación de desconocimiento, independientemente de que lleve o no consigo ese otro estado positivo de creencia. Puede o no llevarlo consigo. Lo importante es desconocer o conocer y no creer o dejar de creer. En Derecho hipotecario lo que importa es el *homo ignorans* o el *homo sapiens*, y no el hombre creyente. No estamos en religión sino en Derecho hipotecario"[21].

Para Francisco Avendaño Arana, "la buena fe consiste en desconocer la inexactitud de la información que publicita el registro. Para tener buena fe y quedar amparado por el artículo 2014 del Código Civil, el tercero debe desconocer los vicios o las causas de rescisión o resolución del derecho de la persona que figura en el registro como titular de un derecho"[22].

Para Günther Gonzales Barrón, "la buena fe consiste en la ignorancia de la inexactitud del registro en cuanto a los motivos de nulidad o ineficacia afectantes del negocio antecedente, y en cuya validez confía el tercer. La creencia del tercero respecto a que el transmitente es el verdadero dueño, se perturba cuando conoce la existencia de un titular distinto extrarregistro (...) La buena fe implica confiar en la exactitud de los pronunciamientos del registro y principalmente desconocer la inexactitud del mismo. Por tanto, la buena fe es un estado psicológico o un hecho intelectivo, consistente en el desconocimiento o ignorancia de una determinada situación jurídica"[23].

Fernando Tarazona considera que de la redacción del artículo 2014 del Código Civil "se desprende que se recoge el aspecto negativo, por cuanto se menciona que la "buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro"[24].

En la exposición de motivos del artículo 2014 del Código Civil, se establece que "**la buena fe que se le exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo publicado por el registro**. En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen del registro, ellas deben ser además desconocidas por

(17) Ídem.
(18) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 182.
(19) Ibídem, p. 183.
(20) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 306.
(21) Ídem.
(22) AVENDAÑO ARANA, Francisco. *La protección de la fe pública registral en materia hipotecaria*. Cuadernos jurisprudenciales, N° 30, Gaceta Jurídica, p. 6.
(23) GONZALES BARRÓN, Günther. "El requisito de la buena fe en el principio de fe pública registral en la jurisprudencia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 58, año 9, julio, 2003, p. 122.
(24) TARAZONA ALVARADO, Fernando. Ob. cit., p. 62.

quien pretende ampararse en el principio estudiado. Como puede resultar más o menos diabólico para una persona el tener que probar que no conoce determinada situación, el artículo 2014 en su última parte establece la presunción de buena fe, esto es la presunción de desconocimiento de la existencia de las razones de nulidad, rescisión y resolución. De este modo, el adquiriente se encuentra en la muy cómoda posición procesal de no tener la obligación de probar su buena fe e incluso no teniendo siquiera la obligación de alegarla. Quien quiera impedir la aplicación de este principio tendrá que probar que el adquiriente conocía, aun cuando no aparecían del registro, la existencia de las razones de nulidad, rescisión y resolución".

En la misma exposición de motivos, se señala lo siguiente: "El tipo de conocimiento que debe tener el adquiriente de la inexactitud registral a efectos de señalar su mala fe, debe ser un conocimiento perfecto, directo, probado de un modo concluyente, por mérito de actos realizados por el mismo adquiriente o de hechos que forzosamente deben ser conocidos por él, o dicho de otro modo, cuya ignorancia no es posible sustentar. Acudamos a un ejemplo: Si una persona jurídica propietaria de un bien inmueble, inicia tratos con una persona con el objeto de venderle dicho inmueble, esta persona se preocupará de acudir al registro de la propiedad y si este es válido, acudirá también al registro de personas jurídicas o al mercantil, si fuera el caso, con el objeto de comprobar si los representantes de la persona jurídica, con los que está negociando, tienen facultades suficientes para transferir propiedad. Si las consultas al registro son positivas podrá concluir la negociación con la seguridad que le otorga el registro y con el convencimiento de que va a poder constituirse en tercero registral y ampararse en el principio de fe pública registral. Puede suceder que en esas circunstancias, alguna tercera persona le comunica mediante carta simple, por conducto notarial o verbalmente, al futuro adquiriente, que se debe abstener de celebrar el contrato de compraventa, porque él, el remitente, es el verdadero propietario o el verdadero representante de la persona jurídica, en otros términos le comunica la existencia de una inexactitud registral. En este caso, debe determinarse si la noticia verbal o la carta que le hubiera sido remitida al futuro adquiriente destruye o no su buena fe. Una comunicación de esta naturaleza no destruye la buena fe del adquiriente, pues lo contrario sería admitir que la seguridad que otorga el registro tiene menos fuerza que la simple comunicación de un tercero. La seguridad que una persona adquiere de la manifestación de los libros del registro no puede ser desvirtuada por el dicho de una persona, aún en el caso de que fuese ajustado a la verdad. En este caso un instrumento privado o una manifestación verbal no pueden enervar un instrumento público, como es el título inscrito. Distinto es el caso del adquiriente que ha participado o ha conocido (pero no porque terceros lo afirmen; sino porque lo conoce directamente) de los actos orientados a despojar al verdadero propietario o a imponer falsos representantes a la persona jurídica. En este caso no goza de buena fe".

La jurisprudencia ha recogido las dos versiones de la buena fe, como desconocimiento de la inexactitud del registro y como creencia en la legitimidad del derecho del transferente.

En la **Cas. N° 811-2005-Piura**[25] de fecha 21 de noviembre del 2005, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que "la buena fe que es el requisito primero del artículo 2014, en el caso de la transferencia de un bien por compraventa **consiste en la creencia o persuasión personal de que el vendedor es dueño legítimo** y puede transferir su dominio, y se presume en el adquiriente, por lo establecido en la misma norma, como también por lo que establecen los artículos 1381 y 1382 del mismo Código Sustantivo".

En la **Cas. N° 336-2006-Lima** de fecha 28 de agosto del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de febrero del 2007, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso de nulidad de acto jurídico, consideró lo siguiente: "Que otro de los pilares del derecho registral es la buena fe con que actúa el usuario de los registros públicos; es así que el artículo 2014 del Código Civil, que regula el principio de buena fe pública registral, establece claramente que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos; dispositivo que concluye señalando que 'la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro'; lo que significa que la presunción de buena fe del tercero adquiriente puede ser quebrada acreditando el interesado que el referido tercero, pese a lo que le informaba el registro, **conocía por otros medios, que dicha información era inexacta y perjudicaba un futuro acto jurídico**. Que, armonizando la disposiciones del derecho de familia y registrales precitada se concluye: i) que aun cuando el terreno o la fábrica o ambos hayan sido de propiedad de una sociedad conyugal si en los registros públicos aparece inscrito solo

(25) Su texto se puede ver en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.

a nombre de uno de los cónyuges con estado civil de soltero, el adquiriente de algún derecho respecto del referido bien o bienes de parte de la referida persona, conserva su derecho una vez que inscriba este así se anule, rescinda o resuelva el del otorgante, lo que significa que con mayor razón el título del adquiriente no puede ser de objeto de nulidad ni de cualquier declaración de ineficacia; ii) **que la precitada conservación de derechos del adquiriente desaparece si se acredita, ya sea por la misma información que aparece en los registros o cualquier otro medio válido, que dicho adquiriente tomó conocimiento o se encontró en la aptitud de conocer sobre el real estado civil del otorgante y de la naturaleza del bien o bienes que aparecen a su nombre, haciéndose acreedor el título del tercero de la declaración de nulidad y en la extensión que corresponda conforme a los artículos doscientos diecinueve y doscientos veinticuatro del Código Civil**".

> *"La jurisprudencia ha recogido las dos versiones de la buena fe, como desconocimiento de la inexactitud del registro y como creencia en la legitimidad del derecho del transferente."*

En la **Cas. N° 2504-2005-Cañete** de fecha 14 de noviembre del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril del 2007, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso de tercería de propiedad de propiedad en que se pretendía la suspensión de la ejecución hipotecaria, consideró lo siguiente: "Que por lo expresado en los considerandos precedentes, la norma aplicable al caso es la contenida en el artículo 2014 del Código Civil, según la cual el tercero que de buena fe adquiere el título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su derecho real de garantía inscrito, puesto que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique su inscripción; situación que ocurrió en el caso de autos, por cuanto el Banco de Crédito aceptó la garantía hipotecaria respecto al predio materia sublitis, otorgada por el ejecutado don Lucio Saturnino León Molina, porque las condiciones de soltero y propietario único de este, respecto al predio rústico objeto de la hipoteca se encontraba inscrito en el asiento número uno de la ficha 486 desde el veintiséis de marzo de mil novecientos noventa, y que las posteriores rectificaciones no le son oponibles al Banco de Crédito del Perú en virtud al principio de la buena fe registral prevista en el artículo 2014 del Código Civil. Que por la razones expuestas la demanda de tercería de derecho de propiedad no puede prosperar, y **por no haber demostrado los terceristas que el Banco de Crédito del Perú conocía la inexactitud del registro respecto al estado civil del otorgante don Lucio Saturnino León Molina**".

En la **Cas. N° 425-2008-Arequipa**, de fecha 3 de julio del 2008, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero del 2009 (p. 23788) la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso de tercería de propiedad contra una hipoteca, en el que acreedor hipotecario recibió la hipoteca de quien aparecía como su titular en el registro con el estado civil de soltero, pero que en realidad había sido casado al momento de adquirir el inmueble, estableció que "es necesario destacar que debido a los principios de legitimidad y buena fe registral, establecidos en los artículos 2012 y 2014 del Código Civil, quien adquiere derechos de una persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho; por esta razón, en el presente caso, resulta ajustado a derecho que los órganos jurisdiccionales declaren liminarmente improcedente la demanda de tercería de propiedad, pues no resulta razonable exigir que el acreedor hipotecario antes de aceptar la constitución de la garantía hipotecaria se vea precisado de revisar en todas las notarías, la existencia de probables transferencias del bien que le es dado en garantía".

En la **Cas. N° 4468-2008-Lima** de fecha 12 de marzo del 2009, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre del 2009 (p. 25812), se estableció que "conforme aparece en la exposición de motivos de la versión oficial del Código Civil, la buena fe se exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo publicado por el registro. En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen en el registro, ellas además deben ser desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado. Que, el principio de buena fe registral protege al tercero que ha adquirido de buena fe, un derecho de quien finalmente carecería capacidad para otorgarlo, lo que implica lograr la seguridad en el tráfico inmobiliario".

VIII. BUENA FE SUBJETIVA Y BUENA FE OBJETIVA

De otro lado en la doctrina se distingue entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La primera se refiere al desconocimiento de la inexactitud registral no solo por lo que consta en el registro sino también por lo que resulta de la realidad extrarregistral; de ahí que se actuará de mala fe

si tenemos conocimiento de la inexactitud del registro inclusive por información extrarregistral. La segunda se refiere al desconocimiento de la inexactitud por no constar esta en el registro.

El hipotecarista español Manuel Amorós Guardiola señalaba que en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria española "no se parte de que haya otros medios de conocimiento distintos al registro, sino que se parte de que la implantación del sistema registral evitará supuestos de mala fe, pues permitirá conocer oportunamente todos los gravámenes y ventas"(26).

Señala Francisco Avendaño Arana que "existen dos criterios para entender la buena fe: uno objetivo y otro subjetivo. El primero atiende exclusivamente a la información que consta del registro. No interesa si el adquirente conoce una realidad distinta a la que aparece en el registro. Basta que el vicio o la inexactitud no conste del registro, para que el tercero tenga buena fe. El criterio subjetivo, en cambio, pone énfasis en la realidad extrarregistral. Sin perjuicio de la inexactitud del registro, el adquirente debe ignorar que lo publicado es inexacto. Para este criterio lo importante no es solo que el registro omita informar los vicios, sino además que el adquirente desconozca en realidad dichos vicios. Un ejemplo puede facilitar la comprensión de los criterios objetivo y subjetivo. Imaginemos que A, casado, le vende un inmueble a B. Luego B le vende el mismo bien a C. Supongamos que en el registro A figura como soltero y como tal vende el inmueble a B (es decir que en la compraventa no participa su esposa). La buena fe objetiva (también llamada registral), consiste en que en el registro A aparezca como soltero. Si eso es así, C tiene buena fe registral. La buena fe subjetiva (o civil), por su parte, significa que sin perjuicio de que en el registro A figure como soltero, en realidad C debe desconocer que A era casado. Si C sabe que A es casado, más allá de lo que diga el registro, C tendría mala fe civil. Existe discrepancia en la doctrina sobre el tipo de buena fe que debería exigir la fe pública registral. En mi opinión debería tratarse únicamente de la registral. En cualquier caso, el Código Civil adopta el criterio subjetivo, cuando en el último párrafo del artículo 2014 se dispone que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del registro. La jurisprudencia en forma unánime, por lo demás, es del mismo parecer. Es decir, para tener buena fe y quedar protegido por la fe pública registral, el vicio no debe aparecer en el registro y el tercero debe desconocer la inexactitud del registro"(27).

Para Fernando Cantuarias Salaverry, en aplicación de los artículos 1135 y 2014 del Código Civil, "es necesario para efectos de gozar de protección registral, que el que inscriba tenga buena fe registral (es decir que en el registro no exista inscripción anterior que perjudique su derecho, cosa que en todo caso se presume de iure según el artículo 2012); pero además, que no conozca de relaciones contractuales anteriores no inscritas (buena fe civil). La consecuencia de la ausencia de la buena fe civil o registral será la pérdida del derecho inscrito. En otras palabras, el Derecho sancionará al que carece de buena fe, declarando que el titular inscrito con anterioridad (ausencia de buena fe registral) o el titular de un derecho anterior no inscrito pero conocido (mala fe civil), podrá hacer prevalecer su derecho frente al que registró"(28).

Considera Cantuarias Salaverry que "debe eliminarse la buena fe civil, bastando para todos los casos la buena fe objetiva que emana del registro"(29).

Para Gastón Fernández Cruz, el sistema exige la buena fe civil porque "si la transferencia de la propiedad opera con el consenso o con la tradición y no con la inscripción registral, ¿cómo no va a ser relevante el conocimiento de anteriores transferencias, cuándo se desea acceder al registro para oponerlo a terceros?"(30).

Señala García García que en su opinión "las referencias a la buena fe en la exposición de motivos y en los autores antiguos, se explican como buena fe objetiva derivada del conocimiento del registro y no como exigencia de un requisito específico de estado de ánimo o creencia del comprador"(31).

El criterio subjetivo de la buena fe ha sido recogido por diversas casaciones. Así tenemos a las siguientes:

En la **Cas. N° 1788-2003** del 21/11/2003(32), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30/04/2004, se estableció lo siguiente: "Debe señalarse que el artículo dos mil catorce

(26) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 194.

(27) AVENDAÑO ARANA, Francisco. Ob. cit., p. 7.

(28) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca". En: *El Derecho Civil peruano*. Perspectivas y problemas actuales. PUCP, Segunda edición, Lima, 1994, p. 80.

(29) Ibídem, p. 83.

(30) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles". En: *Derecho* N° 41, PUCP, 1987, p. 205.

(31) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 195.

(32) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 68, año 9, Mayo, 2004, pp. 93-96.

del Código Civil dispone que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía de la inexactitud del registro. Que, si bien de la norma sindicada se desprende que la subsistencia del derecho del tercero es procedente siempre que la anulación, resolución o rescisión del derecho del enajenante no se produzca por causas que consten en los registros públicos, también lo es que el dispositivo no limita dicho supuesto, **pues puede darse el caso en que el tercero haya tomado conocimiento de la situación descrita por motivos extrarregistrales, lo que no es prohibitivo por el artículo en comento**; y en este caso, ya quedó establecido en la recurrida que la compradora conocía de la venta irregular desde que su representante legal formaba parte del estudio jurídico que asumió la defensa de la recurrente legal de su vendedora en el proceso de nulidad de acuerdos, de manera que la buena fe registral invocada ha quedado desvirtuada por completo, infiriéndose de lo anotado que la recurrente tenía conocimiento de la inexactitud de los datos que aparecen en el registro".

En la **Cas. N° 3783-2001-Lambayeque**(33) de fecha 28 de octubre del 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que "examinadas las pruebas actuadas en la secuela del proceso se llega a la conclusión de que si bien el recurrente celebró un contrato de mutuo con garantía hipotecaria con quienes en el registro público estaban facultados para hacerlo, **existen indicios que demuestran que el recurrente tenía conocimiento que el inmueble era materia de diversos litigios, por tanto, al no haber obrado de buena fe, los principios registrales antes mencionados no lo protegen**".

En la **Cas. N° 78-06-Piura** de fecha 11 de julio del 2006, publicada el 1 de diciembre del 2006 (p. 18143), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia estableció que "en el caso de autos, se tiene establecido que la recurrente estuvo en la posibilidad de conocer la existencia de acreencias a favor de Molinera Inca Sociedad Anónima y del perjuicio que la celebración del acto jurídico hubiera causado a sus intereses; es decir, que **de alguna forma tuvo conciencia de la inexactitud del registro y que la información que estos le brindaban no era del todo exacta, circunstancias suficientes para destruir la presunción de buena fe que la amparaba**".

En la **Cas. N° 1618-2005-Arequipa** de fecha 18 de abril del 2006, publicada el 30 de noviembre del 2006 (p. 17900), se estableció que "otro de los pilares del derecho registral es la buena fe con que actúa el usuario de los registros públicos; es así que el artículo dos mil catorce del Código Civil, que regula el principio de buena fe pública registral, establece claramente que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos; dispositivo que concluye señalando que: "La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro; Que, de este principio registral se puede inferir: I) que, sea cual fuere la causal que ha dado lugar a la declaración de nulidad, rescisión o resolución del título del transferente, esta no afecta el título del adquiriente registral, quien conserva su derecho inscrito al haber procedido con buena fe de acuerdo a la información que aparecía en los registros públicos; y, II) que la presunción de buena fe del tercero adquiriente puede ser quebrada acreditando el interesado que el referido tercero, pese a lo que informaba el registro, conocía por otros medios, que dicha información era inexacta y perjudicaba un futuro acto jurídico".

La buena fe objetiva fue recogida en la **Cas. N° 3088-06-Lima** de fecha 13 de junio del 2007, publicada el 1 de octubre del 2007 (p. 20454), en la que se estableció que "en la **buena fe objetiva**, la protección al tercero no se basa en la buena fe que ha demostrado en su intervención contractual, pues en realidad la buena fe consiste en estar convencido de haber obrado de manera diligente, prudente y honesta, esto es, estar convencido de la certeza, licitud y legitimidad de su conducta, por ello, para sostener dicho convencimiento se debe verificar la realización de las diligencias necesarias de la manera antes descrita, por consiguiente, en el caso concreto, no se llega a evidenciar que el tercero en mención haya actuado de buena fe". Una de las diligencias que debió hacerse, conforme a esta sentencia, es revisar los títulos archivados.

IX. LA BUENA FE COMO LEALTAD Y EQUIDAD EN LOS NEGOCIOS

La **Cas. N° 3017-2000-Lima** de fecha 30 de mayo del 2001(34), estableció que "el artículo 2014 del Código Civil,

(33) Su texto puede verse en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.
(34) Ídem.

al establecer que el tercero que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, supedita esa adquisición al principio de la buena fe, entendida esta como la **indispensable lealtad y equidad en la regulación y ejecución de los contratos**; esto es, a la indispensable conciencia de obrar con rectitud al adquirir la propiedad por medios legítimos".

En la **Cas. N° 4312-2006-Piura** de fecha 21 de junio del 2007, publicada el 29 de febrero del 2008, se estableció que "**la buena fe es la base de la contratación,** siendo también sustento de la institución registral; conociéndose a esta disposición que revela los efectos de la buena fe, como el 'principio de la fe pública registral'.

X. MOMENTO EN QUE DEBE ESTAR PRESENTE LA BUENA FE

Alfredo Bullard[35] se pregunta hasta cuándo es exigible la buena fe: ¿hasta el momento de celebración del contrato o hasta el momento de la inscripción?

Para él, la buena fe debe estar presente en el momento de celebrar el contrato, en el "momento donde el individuo hace la evaluación de sus costos y beneficios y puede predecir las consecuencias de sus actos"[36]. Sin embargo, señala, se debe "destacar que la buena fe al momento del contrato no es suficiente para asegurar la adquisición. El individuo debe llegar a inscribir su derecho, y podría ser que un tercero logre esto antes"[37].

Para Aníbal Torres Vásquez, el artículo 2014 del Código Civil exige "que el adquirente actúe de buena fe, tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de su inscripción, buena fe que se presume *iuris tantum* mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro"[38].

Para Fernando Tarazona "la posición mayoritaria es la que entiende que la buena fe se debe de determinar al momento de la adquisición del derecho, debido a que es en ese momento en que el tercero toma la decisión de adquirir el derecho, a partir de la información obrante en el registro. Exigir que este desconocimiento se mantenga hasta la fecha en que se ingresa el título al registro sería agregar una incertidumbre en las transacciones, situación que conllevaría un aumento de los costos de transacción, por cuanto el tercero que ya ha contratado basado en la información registral, vería burlada esta seguridad si posteriormente se entera de una causal de nulidad, rescisión o resolución"[39].

En el Derecho español, Sanz Fernández considera que "la buena fe ha de tenerse en el momento en que el adquiriente lleva a cabo su inscripción en el registro, pues, por hipótesis, su adquisición es una adquisición a *non domino* que solo en ese momento se realiza y solo a partir de ese momento despliega su manto protector el artículo 34 (de la Ley Hipotecaria)"[40].

Lacruz Berdejo cita a Roca Sastre, para quien "la buena fe debe existir en el momento del otorgamiento del acto dispositivo, sin que el adquirente quede privado de la protección registral por la circunstancia de que descubra con posterioridad la existencia de la inexactitud *(mala fides superveniens non nocet)*, y aunque ello ocurra antes de la inscripción (también así, seguramente, en la hipoteca)"[41].

Díez-Picazo señala lo siguiente: "Nosotros creemos como la doctrina general que la buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo sin que tenga que perdurar hasta el momento de la inscripción. Ello se deduce, a nuestro juicio, de la razón de fondo de la protección del artículo 34, que es la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar por consiguiente en el momento en que el acto jurídico o de comercio se lleva a cabo"[42].

En la exposición de motivos del Libro de Registros Públicos del Código Civil de 1984 se acoge la posición de que la buena fe debe persistir hasta el momento de la inscripción.

Se señala que "es incuestionable que la buena fe del adquiriente debe existir en el momento de la celebración del contrato mediante el cual adquiere el derecho del cual se trate". Más adelante se señala que "si en el momento de la celebración de dicho contrato, el adquiriente conocía de la existencia de razones de nulidad, rescisión y resolución

(35) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Segunda edición, Palestra, Lima, 2006, p. 174.
(36) Ibídem, p. 175.
(37) Ídem.
(38) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "La acción reivindicatoria". En: *Jus Doctrina & Práctica*. Grijley. Lima, diciembre 2008, p. 216.
(39) TARAZONA ALVARADO, Fernando. Ob. cit., p. 62.
(40) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo III, p. 460.
(41) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit. p. 188.
(42) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit. p. 461.

que no aparecían de los registros, le faltará el requisito de buena fe pública registral" y siguiendo la línea de Sanz Hernández y de Cano Tello consideran "que **la buena fe debe subsistir hasta el momento de la inscripción del derecho del adquiriente**, por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento del principio de fe pública registral deben ser concurrentes en el tiempo, es decir debe haber algún momento en el que todos ellos se produzcan y el único momento posible de que esto ocurra es el de la inscripción. Solo cabe hablar de buena fe cuando media inscripción del derecho del adquiriente. Antes de ella, no tiene sentido referirse a la buena fe desde que todavía no es tercero del registro por cuanto no ha inscrito su derecho".

La jurisprudencia ha sido uniforme en sostener que la buena fe debe estar presente tanto en el momento de la celebración del negocio jurídico como en el momento de la inscripción registral.

En la **Cas. N° 695-99-Callao** de fecha 22 de julio de 1999[43], se **estableció que uno de los requisitos del principio de buena fe registral es** "que el adquiriente **actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo**, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*".

En la **Cas. N° 2937-99-La Libertad**[44], de fecha 12 de setiembre del 2000, en un proceso de ejecución de hipoteca, en el que el banco acreedor amparándose en la buena fe registral celebró un contrato de mutuo con garantía hipotecaria con quien aparecía como único titular con el estado civil de soltero, se declaró infundada la contradicción a la ejecución que se sustentaba en el hecho que a la fecha de la celebración de la escritura de constitución de hipoteca, quien aparecía como único titular era en realidad casado y por no haber intervenido su cónyuge, se estableció que la buena fe debe estar presente al momento de la celebración del acto jurídico inscrito, al considerarse que "de los hechos y de las pruebas en autos no se ha establecido en las instancias inferiores que a la fecha del otorgamiento de la escritura de crédito con garantía hipotecaria, el banco hubiera conocido que el bien hipotecado tenía la calidad de bien social (...) en consecuencia el banco demandante al amparo de buena fe registral celebró válidamente con dicho emplazado la constitución de garantía hipotecaria sobre el bien sublitis".

En la **Cas. N° 1884-2002 La Libertad-Lima**[45] de fecha 21 de octubre del 2003, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de junio del 2004, en un proceso de nulidad de hipoteca, en el que la hipoteca había sido constituida por quienes aparecían como cónyuges titulares en el registro, cuando en la realidad no eran cónyuges sino que uno de ellos era casado con otra persona, se estableció que el acreedor hipotecario "no puede ser perjudicado en su adquisición de su derecho real de hipoteca, puesto que cuando celebró el contrato de crédito con garantía hipotecaria el diecisiete de junio de mil novecientos noventicuatro hasta por la suma de cuarenticinco mil dólares americanos, en los Registros Públicos aparecían como propietarios los codemandados don José Guillermo Vilela Cesias y doña Juana Evangelina Pinillos Pineda –como consta del asiento registral número uno– por lo que su derecho real de garantía no puede ser declarado ineficaz por causas que no conoció o no pudo conocer al momento de su realización".

En la **Cas. N° 3088-06-Lima** de fecha 13 de junio del 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre del 2007 (p. 20454), se estableció que "uno de los requisitos que tiene que cumplir quien alega el principio de la buena fe registral para que su derecho resulte oponible, es que actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo".

En la **Cas. N° 2250-2001-Camaná-Arequipa**[46] de fecha 22 de octubre del 2001, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de febrero del 2002, se estableció que para la

(43) Su texto puede verse en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.

(44) Su texto se puede ver en el artículo titulado "Abajo la buena fe. Algunas consideraciones sobre la fe pública registral a propósito de fallos judiciales cuestionables de César Carranza Alvarez". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 17, año 4, julio, 2002. Editora Normas Legales, p. XIII – XXVIII.

(45) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 71, año 10, agosto, 2004, pp. 294-296.

(46) Su texto se puede ver en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N°41, año 8, febrero, 2002, p. 239-241. También puede verse en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>. Igual criterio se acogió en la Cas. N° 3371-2001-Lima de fecha 25 de setiembre del 2002 (www.pj.gob.pe), en la Cas. N° 695-99-Callao de fecha 22 de julio de 1999, en la Cas. N° 292-2006-Lima de fecha 30 de octubre del 2006 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril del 2007, p. 19196, en la Cas. N° 5072-2006-Lambayeque de fecha 29 de abril del 2008 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero del 2009, p. 23716, en la Cas. N° 3158-2005-Lambayeque de fecha 10 de julio del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de diciembre del 2006, p. 18131, en la Cas. N° 3047-2007-Lima de fecha 11 de setiembre del 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de enero del 2008, p. 21489, en la Cas. N° 1208-2006-Piura, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de julio del 2007, p. 19783, en la Cas. N° 3088-06-Lima de fecha 13 de junio del 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de octubre del 2007, p. 20454.

aplicación del principio de fe pública registral se requiere que "el adquirente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir se trata de una presunción *iuris tantum*".

XI. BUENA FE-DILIGENCIA

Para Günther Gonzales Barrón[47] no se puede exigir una buena fe-creencia o una buena fe-diligencia, basta con el simple desconocimiento. La buena fe-diligencia exige no solo el desconocimiento de la inexactitud registral, sino además, obliga a una conducta diligente del tercero al momento de la adquisición, imponiéndole deberes de verificación e información, los cuales por su carácter subjetivo y variable conllevan gran inseguridad en el tráfico inmobiliario. La interpretación histórica del artículo 2014 del Código Civil exige una buena fe-desconocimiento y no una subjetivísima buena fe-diligencia.

> ***"La buena fe-diligencia exige no solo el desconocimiento de la inexactitud registral, sino además, obliga a una conducta diligente del tercero al momento de la adquisición. La buena fe debe estar presente tanto en el momento de la celebración del negocio jurídico como en el momento de la inscripción registral."***

En España, para Vallet de Goytisolo, "al menos el ordenamiento hoy vigente, impone al tercero, para ser de buena fe, cierta obligación de diligencia, por cuanto, con arreglo al artículo 36, para demostrar la mala fe de un adquirente basta probar que conoció la posesión de hecho de la finca, a título de dueño, por persona distinta de su transmitente, o que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocerla"[48].

Para Lacruz Berdejo[49], al tercero hipotecario le es exigible un grado mínimo de diligencia en la formación de su buena fe: no la tendrá quien desconozca la situación real por culpa lata, y enseña que la jurisprudencia española no es decisiva, pues algunas sentencias exigen diligencia en la averiguación de la realidad extrarregistral, en tanto que otras prescinden de ella, por razones de seguridad jurídica.

En la **Cas. N° 2125-99-Lambayeque**[50] de fecha 19 de octubre del 2001, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo del 2002, en la que se demandaba la nulidad de una hipoteca constituida por quien aparecía en el registro como propietario pero que fuera de él ya no era tal por haber vendido el predio, se estableció que "cuando el banco (acreedor) procedió a efectuar la inspección ocular en el predio para su valorización el dos de mayo de mil novecientos noventisiete debió advertir la posesión del actor y con mayor diligencia descubrir la irregularidad en el ofrecimiento de garantía hipotecaria por parte de Tomás Paico García, quien ya no era propietario del bien. Que, la referida inspección ocular consta en el certificado de valorización de fojas (...) presentado por el mismo banco, en la cual no se consigna la persona o personas que se hallaron en el predio, sino que simplemente se indica que se efectuó en presencia del señor Alberto Monsalve, como representante del cliente, que es genérico, pues bien puede entenderse que dicha persona llegó al predio juntamente con el tasador; tampoco se identifica el plan de cultivo y riego que se refiere le fue presentado al tasador, esto es, no se consigna su número, dado que es el actor quien cuenta con el referido plan aprobado por la Administración Técnica Distrito de Riego de Chancay; con todo lo cual **se evidencia negligencia en el actuar del banco**, bajo cuyas circunstancias no puede alcanzarle los efectos del principio de buena fe registral; máxime si al banco le era conocido que su contratante, Tomás Paico García, era casado y no exigió la participación de la cónyuge de este en el contrato de otorgamiento de escritura pública (..) Que siendo ello así, desapareciendo el principio de la buena fe registral el referido contrato de garantía hipotecaria puede ser objeto de revisión sin restricción alguna en cuanto a los efectos de una posible nulidad; que en ese sentido, resulta incuestionable que el citado contrato ha sido celebrado por persona que no era el propietario, violándose el artículo mil noventinueve, inciso primero del Código Civil que establece los requisitos para la validez de la hipoteca; e incurriéndose en la causales de nulidad previstas en el artículo doscientos diecinueve, incisos primero y tercero del Código Civil, estos son, en ausencia de la manifestación de la voluntad

(47) GONZALES BARRÓN, Günther. "El requisito de la buena fe en el principio de fe pública registral: la visión jurisprudencial". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 58, año 9, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2003, p. 123.

(48) Cit. por LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 184.

(49) Ídem, p. 184.

(50) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 8, N° 45. Junio 2002, pp. 285-287. También puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 9, N° 58, julio, 2003, p. 127.

del agente y objeto jurídicamente imposible; debiendo por tanto prevalecer el derecho de propiedad garantizado por la Ley Fundamental en su artículo setenta (...)".

En la **Cas. N° 2023-2001-Lima**, de fecha 1 de julio del 2002, se estableció que "en el caso de autos el Banco demandado alude que está protegido por el principio antes citado (fe pública registral) toda vez que cuando celebró la escritura pública de mutuo con garantía hipotecaria materia de nulidad el otorgante (...) aparecía en condición de soltero, por lo que desconocía la condición de casado. Sin embargo, la fe registral invocada por la entidad bancaria recurrente no resulta atendible, pues en el Registro de Personas Jurídicas corre inscrito (...) la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Distribuidora Comercial Fex Wa (...) apareciendo en dicho instrumento la accionante y el citado codemandado en su condición de casados. Es más, la presunción de buena fe se desvanece si se tiene en cuenta que el Banco recurrente no ha podido enervar el mérito de los documentos de fojas (...), mediante los cuales se verifica la existencia de una cuenta corriente en la propia entidad bancaria a favor de la citada empresa (...), la misma que constituye una persona jurídica de la cual la actora y su cónyuge son sus titulares, documentos que han sido otorgados con anterioridad al acto jurídico materia de nulidad"[51].

En la **Cas. N° 1474-2005-La Libertad**, de fecha 13 de octubre del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril del 2007, se estableció que "si bien es cierto el denunciante pudo haber procedido con buena fe al adquirir la propiedad de su inmueble, también lo es que se evidencia escasa **diligencia** en la celebración del negocio, bajo cuyas circunstancias no puede alcanzarle los efectos del principio de la buena fe registral toda vez que se encontraba en aptitud razonable de conocer la presunta inexactitud del Registro".

En la **Cas. N° 148-2006-Lambayeque**, de fecha 7 de marzo del 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de agosto del 2007, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, consideró que los codemandados "no están amparados en la fe que otorga el registro ya que su desconocimiento sobre la inexactitud de aquel no les resultaba ajena en vista de que la indicada escritura pública (...) figuraba inscrita como antecedente dominial, de cuyo contenido quedaba claramente establecido que se trataba de un bien social, en razón de que en la citada cláusula (cuarta) se consignó que don Octavio Piscoya Ruiz era casado con la accionante no pudiendo tomarse como válida, la declaración que se trataba de la transferencia de un bien correspondiente al tercio de libre disposición del vendedor toda vez que dicha figura solo opera mortis causa conforme al artículo 1622 del Código Civil. Siendo esto así, es forzoso concluir que los citados emplazados no pueden argumentar que adquirieron la propiedad de los predios sublitis de quien en el registro aparecía con facultades para otorgarlo, pues, por el acotado principio registral, toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, las que comprenden toda la documentación obrante en los Registros Públicos siendo que debido a su **falta de diligencia** no verificaron los antecedentes dominiales de los predios y bajo su cuenta, costo y riesgo celebraron con doña Amanda Morales Parraguez la compraventa contenida en la escritura pública del dos de diciembre de mil novecientos noventa y ocho".

En la **Cas. N° 3088-06-Lima** de fecha 13 de junio del 2007, publicada el 1 de octubre del 2007 (p. 20454), se estableció que "en la buena fe objetiva, la protección al tercero no se basa en la buena fe que ha demostrado en su intervención contractual, pues en realidad la buena fe consiste en estar convencido de haber obrado de manera diligente, prudente y honesta, esto es, estar convencido de la certeza, licitud y legitimidad de su conducta, por ello, para sostener dicho convencimiento se debe verificar la realización de las **diligencias necesarias** de la manera antes descrita, por consiguiente, en el caso concreto, no se llega a evidenciar que el tercero en mención haya actuado de buena fe". Una de las diligencias que debió hacerse, conforme a esta sentencia, es revisar los títulos archivados.

XII. PRESUNCIÓN DE LA BUENA FE

En la exposición de motivos del Libro de Registros Públicos del Código Civil de 1984 se señala que "la buena fe que se le exige a una persona a efectos de constituirse en tercero registral, es la de ignorar la existencia de inexactitud en lo publicado por el registro. En otros términos, si en verdad existen razones de nulidad, rescisión o resolución, que no aparecen del registro, ellas deben ser además desconocidas por quien pretende ampararse en el principio estudiado. Como puede resultar más o menos diabólico para una persona el tener que probar que no conoce determinada situación, el artículo 2014 en su última parte establece la presunción de buena fe, esto es la presunción de desconocimiento de la existencia de las razones de nulidad, rescisión y resolución. De este modo, el adquiriente se encuentra en la muy cómoda posición procesal de no tener la obligación de probar su buena fe e incluso no teniendo siquiera la obligación de alegarla. Quien quiera

(51) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 58, año 9, julio, 2003, p. 129.

impedir la aplicación de este principio tendrá que probar que el adquiriente conocía, aun cuando no aparecían del registro, la existencia de las razones de nulidad, rescisión y resolución".

En la **Cas. N° 1951-2001-Puno** de fecha 26 de junio del 2002[52], se estableció que "es un principio consagrado en el Derecho Civil que la buena fe se presume y la mala fe debe probarse".

En la **Cas. N° 1618-2005-Arequipa** de fecha 18 de abril del 2006, publicada el 30 de noviembre del 2006 (p. 17900), se estableció "que la presunción de buena fe del tercero adquiriente puede ser quebrada acreditando el interesado que el referido tercero, pese a lo que informaba el registro, conocía por otros medios, que dicha información era inexacta y perjudicaba un futuro acto jurídico".

En la **Cas. N° 1899-99-Lambayeque**, de fecha 9 de diciembre de 1999, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que "en la sentencia de vista se ha determinado que la adquisición de la recurrente no fue de buena fe, pues estaba en aptitud de conocer de la inexactitud del registro a partir de la anotación preventiva que obra a fojas veintiocho, apreciación que corresponde al análisis probatorio de los jueces de mérito"[53].

En la **Cas. N° 2250-01-Camaná-Arequipa**, de fecha 22 de octubre del 2001[54], en un caso en el que un banco recibió una garantía hipotecaria de quien en el registro aparecía como soltero, cuando en realidad era casado, estableció que "el acto jurídico del matrimonio civil se inscribe en los Registros Civiles, los que por su naturaleza no gozan del principio de publicidad registral consagrado en el artículo dos mil doce del Código Civil, es decir que su contenido no se presume conocido sin admitir prueba en contrario, no habiéndose acreditado en autos que el recurrente haya tenido conocimiento del verdadero estado civil de César Carrazco Cuba, en tal sentido **se presume que actuó de buena fe tanto al momento de adquirir el derecho real de garantía como al inscribirlo**".

En la **Cas. N° 2273-2001-Lima**[55] del 9 de setiembre del 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se estableció que "es un hecho establecido por las instancias de mérito que del testimonio de escritura pública de fecha veintiuno de diciembre de mil novecientos setentitrés, obrante a fojas uno, se aprecia que el inmueble materia de litis fue adquirido por el demandado don Antonio Santiago Bisso Smith quien se declaró como soltero, título que fue inscrito en la oficina de los registros públicos, tal como se advierte del asiento que en fotocopia legalizada obra a fojas diez; y si bien el emplazado al adquirir dicho bien ya se encontraba casado con la accionante, tal como se observa de la partida de matrimonio de fojas veinte, sin embargo, tal hecho no consta en los registros públicos; por ende no se encuentra bajo el amparo de la buena fe registral. Con su derecho inscrito y en aplicación del principio de legitimidad, ya que el aludido asiento no había sido anulado o rectificado, el demandado don Antonio Santiago Bisso Smith celebraba un mutuo con garantía hipotecaria sobre el bien objeto de controversia a favor del codemandado don Miguel Ángel Fernández Montalvo, de quien se presume su buena fe registral, pues el otorgante era la persona que se encontraba registralmente legitimado para hacerlo, procediéndose a inscribir tal acto jurídico, recibiendo de esta forma, el citado codemandado, la protección registral de sus derechos. Los magistrados de la Sala Civil Superior se han limitado a demostrar que el bien inmueble materia de litis pertenecía a la sociedad conyugal conformada por la actora y el demandado don Antonio Santiago Bisso Smith, pero han obviado aplicar las normas registrales, ya que si bien el registro a efectos de establecer el derecho de propiedad sobre un inmueble no es constitutivo, es decir, que el derecho se constituye fuera del registro, sin embargo, para que un derecho de propiedad inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial requiere de su inscripción. Por ello si bien el inmueble en referencia podría ser de propiedad de la citada sociedad conyugal, sin embargo, a efectos del tráfico comercial, quien aparecía registralmente como propietario era únicamente el emplazado don Antonio Santiago Bisso Smith y **con base en ello actuó el codemandado Miguel Ángel Fernández Montalvo, cuya presunción de buena fe no ha sido destruida**, manteniendo su derecho una vez inscrito aunque el titular sea casado y se trate de un bien social, quedando sin efecto entonces la presunción *iuris tantum* de calificar el bien hipotecado como bien social, ya que como se ha señalado, el bien no se encuentra inscrito a nombre de la sociedad conyugal".

En la **Cas. N° 3783-2001-Lambayeque**[56] de fecha 28 de octubre del 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que

(52) Su texto se puede ver en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.
(53) Ídem.
(54) Ídem.
(55) Ídem.
(56) Ídem.

"examinadas las pruebas actuadas en la secuela del proceso se llega a la conclusión de que si bien el recurrente celebró un contrato de mutuo con garantía hipotecaria con quienes en el registro público estaban facultados para hacerlo, **existen indicios que demuestran que el recurrente tenía conocimiento que el inmueble era materia de diversos litigios**, por tanto, al no haber obrado de buena fe, los principios registrales antes mencionados no lo protegen".

En la **Cas. N° 2235-2003-Piura** de fecha 17 de mayo del 2005, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República[57], estableció lo siguiente: "Que, el artículo 2012 del Código Civil consagra el principio de publicidad registral, según el cual se presume sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; habiéndose establecido en autos que la Dirección de Reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de Agricultura con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos noventa según el Título de Propiedad número cero cincuentiuno mil trescientos sesenta, adjudicó a don Paulino Campos Ordinola el predio rústico denominado 'La Polvoreda' ubicado en el distrito de la Huaca, provincia de Paita, departamento de Piura, el que fuera independizado en la fecha seis mil novecientos veintiuno a nombre del citado adjudicatario, registrándose su condición de soltero. Que, igualmente se ha establecido que la adquisición efectuada por el recurrente don Martín Alfredo Talledo Juárez se hizo de su anterior propietario, quien aparecía en calidad de soltero en el indicado asiento registral; en tal virtud, en aplicación del aludido principio de publicidad registral, cuando este compró el predio lo hizo con pleno entendimiento de que el adjudicatario lo había adquirido como soltero, y a la fecha de transferencia, se encontraba registrada como cónyuge de esta a doña Pascuala Sosa Calderón quién realmente era su conviviente, lo cual no podía ser cuestionado por el comprador, toda vez que no consta en los Registros de la Propiedad Inmueble variación alguna respecto a la titularidad del citado predio. Que, el numeral 2014 del Código Civil recoge el principio de buena fe registral, estableciendo que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud que no consten en registros públicos; que la aplicación de dicho artículo, presupone la existencia de la buena fe del tercero que adquiere a título oneroso algún derecho de quien aparezca en el registro con facultades para hacerlo. Que, si bien la sentencia de primera instancia ha establecido el actuar doloso y de mala fe en el codemandado don Paulino Campos Ordinola a quién se le adjudicó a título gratuito el predio en litis por la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, por haber registrado el inmueble como soltero cuando se encontraba casado con la demandante doña Clara Peralta de Campos, lo que ha sido corroborado por la Sala de mérito al reproducir sus fundamentos; sin embargo, dicha situación no emerge del fallo en relación al comprador don Martín Alfredo Talledo Juárez, porque cuando adquirió de su transferente este aparecía como soltero, por ende la adquisición se encontraba protegida por los principios de publicidad y fe pública registral contenidos en los dispositivos que han sido inaplicados por las instancias de mérito, lo que determina que deba ampararse el recurso en dicho aspecto".

En la **Cas. N° 3158-2005-Lambayeque** de fecha 10 de julio del 2006, publicada el 1 de diciembre del 2006 (p. 18131), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, estableció que "debe precisarse que el acto jurídico de matrimonio civil se inscribe en los Registros Civiles, lo que por su naturaleza no goza del principio de publicidad registral consagrado en el artículo dos mil doce del Código Civil, es decir, su contenido no se presume conocido sin admitir prueba en contrario, **no habiéndose acreditado en autos que la entidad financiera demandada haya tenido conocimiento del verdadero estado civil de Isael Bustamente Medina; en tal sentido se presume que actuó de buena fe**".

En la **Cas. N° 78-06-Piura** de fecha 11 de julio del 2006, publicada el 1 de diciembre del 2006 (p. 18143), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, estableció que "en el caso de autos, se tiene establecido que la recurrente estuvo en la posibilidad de conocer la existencia de acreencias a favor de Molinera Inca Sociedad Anónima y del perjuicio que la celebración del acto jurídico hubiera causado a sus intereses; es decir, que **de alguna forma tuvo conciencia de la inexactitud del registro y que la información que estos le brindaban no era del todo exacta, circunstancias suficientes para destruir la presunción de buena fe que la amparaba**".

En la **Cas. N° 450-2004-Lambayeque** de fecha 24 de mayo del 2005, publicada el 30 de setiembre del 2005, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, estableció que "el solo hecho de la inscripción obtenida por parte de los actores como herederos del multicitado causante en los Registros Públicos, así como en el respectivo

(57) Anales judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Tomo XCIV, año 2005, Lima, 2007, p. 459.

registro de la propiedad inmueble no le otorga los beneficios registrales, contenidos en los artículos dos mil doce, dos mil trece y dos mil dieciséis del Código Civil, **pues estos conocían de la inexactitud del registro respecto al nuevo titular del derecho de propiedad sobre el bien sub júdice**".

En la **Cas. N° 2837-2000-Callao** de fecha 23 de mayo del 2001, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, estableció que "en la sentencia apelada se declara como un hecho acreditado que el bien inmueble sublitis a la fecha de la transferencia se encontraba inscrito en el asiento dos C, de la Ficha ciento sesentiocho doscientos nueve del Registro de Propiedad Inmueble de Lima a favor del codemandado Mario Fernando López, figurando con el estado civil de soltero, tal como se aprecia del documento obrante a fojas cuatro vuelta. Que, la sociedad conyugal conformada por los codemandados Nicanor Gil Rodríguez y Trinidad Celsa Trelles San Miguel de Gil, adquirió el bien inmueble submateria, al haber presumido como cierto el contenido de dicha inscripción registral en aplicación de lo establecido en el artículo 2014 ya referido (...) **no obra prueba alguna que demuestre que los codemandados, compradores del inmueble hubieran conocido que el real estado civil del codemandado, vendedor (...) era casado y no soltero**"[58].

XIII. TRACTO SUCESIVO O PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL TRANSFERENTE

Enseña Lacruz Berdejo que "en el acto de adquisición ha de figurar como transmitente la persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir la finca. De modo que dicho transmitente, al parecer, ha de ser ya titular registral en el momento de contratar con el adquirente, y ha de serlo todavía: de lo contrario, al tercero adquirente le faltaría un requisito para ser tercero hipotecario"[59].

En la doctrina se discute si merece protección quien adquiere de quien aún no tiene su derecho inscrito. Así, por ejemplo, si un predio está inscrito a favor de A, quien le vendió a B que no registró su derecho; luego B le vende a C, quien logra inscribir ambas transferencias bajo un mismo asiento de presentación o bajo distintos asientos de presentación.

Vallet de Goytisolo, citado por Lacruz Berdejo, señala que "si la finca se halla inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el tercero ha comprado en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, su adquisición será protegida por la fe pública, siempre que el título de dicho transferente llegue a estar inscrito, dando entrada al del tercer adquirente"[60].

Para Díez-Picazo, "según el artículo 34 (de la Ley Hipotecaria española), el tercero adquiere el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo. El tercero debe por consiguiente haber adquirido de un titular inscrito. El fundamento de esta exigencia se encuentra en que solamente se puede o se debe proteger a quien ha confiado en las declaraciones registrales, en la presunción de exactitud del Registro y en la fuerza legitimadora de una inscripción previa de la que parece deducirse lícitamente que el que tiene un derecho inscrito a su favor puede disponer válidamente del mismo, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no con el Registro. Para despertar esta confianza es necesario que el adquirente adquiera de un titular inscrito. Ello significa que el Registro ha de publicar la titularidad del disponente como titular del derecho del que dispone, pero significa también que el Registro debe publicar una plena facultad o poder de disposición del disponente. Inversamente, significa que en el Registro no debe aparecer la existencia de otra titularidad, ni tampoco las circunstancias o factores que puedan anular, resolver o limitar el derecho del otorgante"[61].

Señala Díez-Picazo que la deducción lógica del principio de fe pública parece necesario exigir que el transferente tenga su derecho previamente inscrito. Sin embargo, señala, hay que admitir que, partiendo de una inscripción registral vigente y pudiendo derivar de ella el derecho del disponente, hay también razones o argumentos de protección del tráfico jurídico que favorecen claramente la tesis que considera tercero registral a quien adquiere el derecho de quien no tiene inscrito su derecho al momento del contrato de adquisición.

De lo antes señalado se puede afirmar que este requisito tiene relación con el principio registral de tracto sucesivo recogido en el artículo 2015 del Código Civil.

Sobre este principio registral, Lacruz Berdejo enseña que "cada titularidad registral, salvo la que consta en el asiento de inmatriculación o primer asiento, debe apoyarse sobre otra anterior, vigente y suficiente para servirle de base. Tratándose de transmisiones de propiedad, esta regla quiere decir que cada adquirente solo puede inscribir su

(58) Su texto se puede ver en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.
(59) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 181.
(60) Ídem.
(61) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 463.

derecho si lo ha recibido del último titular según el Registro: tracto sucesivo (...). La iniciación, pues, del proceso de inscripción requiere que, en el título formal que se presente, el otorgante sea el último y vigente titular registral del derecho según el folio de la finca enajenada, de tal forma que los sucesivos titulares del derecho inscrito se sigan los unos a los otros perfectamente escalonados, en concatenación ininterrumpida; es decir, que como explica Roca Sastre, el transferente de hoy sea el adquirente de ayer, y el titular inscrito de hoy sea el transferente de mañana"(62).

En la **Cas. N° 3405-2001-La Libertad** de fecha 27 de setiembre del 2002(63), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que la fe pública registral "es oponible solo cuando hay terceros de buena fe que adquieren la cosa o el derecho de quien respecto de ellos aparece legitimado para disponer".

En la **Cas. N° 4312-2006-Piura** de fecha 21 de junio del 2007, publicada el 29 de febrero del 2008, se estableció que "de otro lado, el artículo 2015 del Código Civil determina que ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane. Que, esta disposición reconoce el sistema del tracto sucesivo de las inscripciones, para establecer la historia de estas; permitiendo al mismo tiempo, comprobar fácilmente de donde emana el derecho que se trata de inscribir".

En cuanto al inmatriculante, Díez-Picazo sostiene que "una consecuencia que se deduce a nuestro juicio con toda evidencia del artículo 34, es que, con arreglo a él, no puede ser nunca tercero protegido el inmatriculante, que inscribe por primera vez y hace ingresar la finca en el Registro de la Propiedad. Si el tercero del artículo 34 tiene que adquirir de un titular inscrito, el inmatriculante no puede serlo nunca, porque no puede confiar en ningún asiento anterior, dado que no existe. Ahora bien, el hecho de que el inmatriculante no pueda ser nunca un tercero protegido por el artículo 34, no significa, en cambio, que no pueda quedar amparado por la eficacia negativa del artículo 32"(64). Es decir, quien inmatricula un predio queda protegido por el principio de oponibilidad registral, previsto en la primera parte del artículo 2022 del Código Civil(65).

> ***"La palabra 'transmitirlo' solo puede hacer alusión a derechos que ya existen y que son objeto de transferencia a favor de quien se va a convertir en tercero registral. El vocablo 'otorgarlo' es más apropiado porque incluye los casos en que se transmite derechos, como también aquellos en que se constituye derechos."***

XIV. CAPACIDAD DISPOSITIVA DEL OTORGANTE

En cuanto al término "otorgarlo" utilizado en el artículo 2014 del Código Civil, la exposición de motivos, señala lo siguiente: "Sentido del término 'otorgarlo'. En el texto del proyecto que fuera presentado a la consideración de la Comisión Revisora del Código Civil se empleó el término 'transmitirlo', el mismo que posteriormente fuera sustituido por el de 'otorgarlo', a propuesta del doctor Jorge Avendaño Valdez. Dicha sustitución se explica por cuanto la palabra 'transmitirlo' solo puede hacer alusión a derechos que ya existen y que son objeto de transferencia a favor de quien se va a convertir en tercero registral. Con ese alcance se hubiera excluido el caso del acreedor hipotecario a quien no es posible transmitirle un derecho, que antes de la constitución de hipoteca no existía, siendo que si es posible otorgarle un derecho. El vocablo 'otorgarlo' es más apropiado porque incluye los casos en que se transmite derechos, como también aquellos en que se constituye derechos".

En la **Cas. N° 695-99-Callao**, de fecha 22 de julio de 1999, se estableció que uno de los requisitos del principio de buena fe registral es "**que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase**".

En la **Cas. N° 203-2001-La Libertad**, de fecha 10 de octubre del 2001(66), en la que un acreedor hipotecario celebró el contrato de hipoteca con un apoderado del propietario, se estableció que "en aplicación de las normas sustantivas contenidas en los artículos 2013 y 2014, se llega a la conclusión que el Banco Standard Chartered actuó de buena fe, **contratando con quien en el registro**

(62) LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit. p. 47.

(63) Su texto se puede ver en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.

(64) DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., p. 464.

(65) Lacruz Berdejo señala que "aunque la finca sobre la que se va a contratar no figure en el Registro, todo el que adquiere fiado en la apariencia de titularidad (al menos, extrarregistral) de su transmitente, y lleva entonces su titularidad sobre la finca (y la finca misma) al Registro, es protegido (dadas ciertas circunstancias) de tal modo que su adquisición deviene válida y eficaz, una vez inscrita, como si la situación aparente fuera real. O sea que la protección de la LH (Ley Hipotecaria) cubre también, frente a la doble venta, al adquirente que inmatricula en el Registro la finca que antes no figuraba en él". LACRUZ BERDEJO, José Luis. Ob. cit., p. 45.

(66) Su texto se puede ver en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial, <www.pj.gob.pe>.

aparecía con facultades suficientes e indubitables no solo para gravar el inmueble de propiedad del demandante, sino también para recibir el dinero materia del préstamo, sin advertirse que en el mencionado poder exista alguna estipulación que señale que el dinero a recibir necesariamente debía entregarse al actor. Si la intención de los celebrantes del poder hubiera sido la de fijar la entrega del préstamo al demandante, lo habría estipulado expresamente, lo que no ha ocurrido en el caso de autos".

XV. LA NULIDAD, RESCISIÓN O RESOLUCIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO PRECEDENTE AL DEL TERCERO

De lo expuesto por el artículo 2014 del Código Civil peruano de 1984 se desprende que uno de los elementos que integra el supuesto del principio de fe pública registral, es la preexistencia de un derecho inscrito y afectado por causales de invalidez, rescisión o resolución. Siendo que, sobre la base de tal derecho, posteriormente, un tercero adquiere el suyo inscribiéndolo en el registro. En otros términos, el principio que tratamos se plantea como hipótesis normativa la nulidad, rescisión o resolución de un derecho inscrito en el registro, interrogándose sobre el destino de los derechos ulteriores, derivados de aquel, también inscritos en el registro.

A diferencia de lo que sucedería en el derecho común, en el que la nulidad del derecho del transferente conllevaría la nulidad del título de adquirente, el artículo 2014 establece una excepción a la regla de arrastre de nulidades, al establecer que la nulidad, rescisión o resolución del derecho del transferente, por causas que no consten en los Registros Públicos, no conlleva la nulidad, rescisión o resolución del derecho del tercero registral.

En la exposición de motivos del artículo 2014 del Código Civil de 1984, se establece que "si una persona adquiere de otra un derecho y sucede que el derecho del otorgante es nulo, "el derecho común" establece que será nulo también el del adquiriente. Nulo el derecho del otorgante es también nulo el del adquiriente, porque nadie puede transferir más de lo que tiene y nadie puede adquirir mayor o diverso derecho que aquel que se le transmite. Esa solución, dada por "el derecho extrarregistral", es sacrificada, sin embargo, por la "seguridad del tráfico", que expresa que si esa nulidad no aparece del registro, el adquiriente adquiere bien y la nulidad del título del otorgante no lo perjudica. La seguridad del tráfico sacrifica la aplicación del derecho común. Ante esta consecuencia inevitable e incontrovertible que resulta de la aplicación del principio estudiado, parece procedente hacer lo posible para que el derecho común sacrificado sea lo menor posible haciendo más difícil acogerse al principio de fe pública registral. Es en busca de ello que el artículo 2014 exige que las causas de nulidad, rescisión y resolución no aparezcan de los registros públicos. En consecuencia, quien quiera ampararse en el principio de fe pública registral, deberá asegurarse que el derecho del otorgante no padece de causas de nulidad, rescisión y resolución en ninguno de los registros en los que podría aparecer. Siendo que estas causas pueden resultar del Registro de la Propiedad Inmueble, será necesario verificar si existen en la partida correspondiente al inmueble, pero también pueden aparecer de los registros de mandatos y personal, casos en los que no será necesario revisar estos registros de todo el país, sino solamente los de mandatos y personal del lugar de celebración del contrato. Esto para aplicación de lo dispuesto en los artículos 2034 y 2038 del Código Civil".

En la misma exposición de motivos se señala lo siguiente: "Efectos de la anulación, rescisión y resolución: El Artículo 2014 se refiere a las razones de nulidad, rescisión o resolución, en el sentido de que, si aparecen del registro, o si, no apareciendo son conocidas por quien pretende ser tercero, este no podrá ampararse en el principio de fe pública registral. Siendo que el acto nulo y también el anulable son nulos desde el momento de su celebración, bastará que en el registro aparezca (o no apareciendo sea conocida) para que ello impida la constitución en tercero registral. En este sentido nada importará la fecha de la resolución que establezca dicha nulidad. Los efectos de la misma se retrotraen al momento de la celebración del acto en cuestión y afectarán al tercero en la medida que conste del registro. En los casos de rescisión y resolución ocurre algo diferente. Las causas que pueden producir la rescisión y la resolución pueden aparecer del registro. En efecto, puede constatar que el precio de venta de un bien sea el de la décima parte de su valor real (rescisión) o que una de las cláusulas del contrato prevea la resolución del contrato por falta de pago (resolución). En estos casos, resultan del registro las razones por las cuales una persona puede demandar u obtener la rescisión o la resolución del contrato, respectivamente. Esta situación no tiene por qué impedir la constitución del tercero registral sino aparece del registro que se haya producido efectivamente la causal de rescisión o de resolución. Lo contrario ocurrirá cuando la rescisión o la resolución misma consten del registro o se han anotado las demandas correspondientes, por cuanto el tercero no podrá alegar que no conocía la rescisión o resolución que se habían ya producido. Esa situación evitará que el tercero civil pueda constituirse en tercero registral, toda vez que carecerá de buena fe".

En la **Cas. N° 383-2001-Apurímac**, de fecha 19 de octubre del 2001[67], en la que se demandaba la nulidad de una

(67) Ídem.

compraventa inscrita por haberse declarado nula la compraventa que le servía de antecedente registral y que estaba contenida en una **escritura fraguada**, se estableció que "al haberse determinado que la adquisición de los esposos Villavicencio-Matos se realizó de buena fe, conforme al análisis probatorio efectuado por los jueces de mérito con base en la prueba actuada **no puede concluirse, bajo el razonamiento que habiéndose declarado nula judicialmente la escritura pública fraguada por el demandado Wilfredo Ustua, que sirve de antecedente a la transferencia hecha a favor de los recurrentes, que la escritura pública de estos también carece de eficacia legal.** El principio de buena fe registral que preceptúa el artículo 2014 del Código Sustantivo tiene por finalidad proteger al tercero que actuando de buena fe y amparado en la presunción de veracidad de las inscripciones adquiere un derecho; en tal sentido, la declaración de nulidad de la escritura fraguada no enerva ni debe afectar la adquisición de los recurrentes".

En la **Cas. N° 3256-01-La Libertad**, de fecha 24 de abril del 2002[68], la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un proceso en el que se había demandado la nulidad de varias transferencias inscritas en los registros públicos y en el que las instancias inferiores declararon solamente la nulidad de la primera transferencia que había dado origen a las posteriores, estableció que "nuestro ordenamiento jurídico al regular la inscripción de derechos reales adopta la posición de proteger al tercero que adquiere un inmueble de buena fe, a título oneroso y de quien aparece como propietario en el Registro, ello al amparo del artículo dos mil catorce del Código Civil (...) Que, del texto de la norma antes descritas se desprende que **para que la anulación, resolución o rescisión del derecho del otorgante alcance a un tercero deben existir causas que consten en los registros públicos, y en cuanto a la buena fe debe acreditarse que el tercero conocía de la inexactitud del registro.** Que, en el caso de autos el inmueble materia de litis fue transferido a terceros, en dos partes, una a Jesús Enrique Núñez Rojas y la otra a Daniel Rodríguez Risco y David Fischman Falincausky, quienes al adquirirlo tenían como obligación verificar si quien les vendía el inmueble aparecía en los registros públicos como propietario, siendo que al verificarlo y adquirirlo han cumplido con las exigencias previstas en el artículo dos mil catorce antes referido, por lo tanto, no tienen por qué responder de los vicios que pudiera presentar la compra hecha por su vendedor, ello en atención al principio de la buena fe registral amparado por nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual resulta un imposible jurídico declarar la nulidad de las escrituras públicas de compraventa celebradas por los antes citados Jesús Enrique Núñez Rojas, Daniel Rodríguez Risco y David Fischman Falincausky, así como también sus consecuentes inscripciones registrales".

En la **Cas. N° 1618-2005-Arequipa** de fecha 18 de abril del 2006, se estableció que **"la nulidad del título del transferente no alcanza o no afecta el título del tercero adquiriente de buena fe en base a la información registral, salvo que se acredite que el adquiriente conocía de la inexactitud del registro"**[69].

A fin de evitar la constitución de terceros registrales, es de vital importancia que en las partidas registrales se publicite la existencia de procesos judiciales en lo que se esté discutiendo el derecho del titular registral, mediante una medida cautelar de anotación de demanda. Luego de anotada la demanda podrán continuar inscribiéndose actos jurídicos, pero una vez dictada la sentencia que declare la nulidad del acto jurídico del cual surgió el derecho del titular registral y del cual se desprendieron los actos jurídicos posteriores, sus efectos se retrotraerán a la fecha de la anotación de demanda, quedando sin efecto todos los actos jurídicos inscritos con posterioridad a la anotación de demanda. No será necesario que judicialmente se declare la nulidad de cada uno de los actos inscritos con posterioridad.

Al respecto, el Tercer Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Vigésimo Quinto Pleno del Tribunal Registral (*El Peruano*, 15/06/2007), ha establecido que: "La sentencia firme que declara la nulidad de una transferencia de dominio, cualquiera sea el rubro en que se encuentre inscrita, retrotrae sus efectos a la fecha del asiento de presentación de la anotación de la demanda respectiva, enervando los asientos registrales incompatibles que hubieran sido extendidos luego de la referida anotación, tales como transferencias de propiedad, embargos, hipotecas, etc. En consecuencia, en la expedición de certificados de dominio y de gravámenes no serán considerados dichos asientos enervados".

XVI. EFECTOS DE LAS RECTIFICACIONES DE LOS ASIENTOS REGISTRALES LUEGO DE INSCRITO EL DERECHO DEL TERCERO REGISTRAL

En la **Cas. N° 793-2001-Tacna**, de fecha 8 de noviembre del 2001[70], en un caso en que del registro aparecía como titular del bien una persona como soltera y en esa

(68) Ídem.
(69) Ídem.
(70) Ídem.

condición constituyó hipoteca sobre el bien a favor de un banco, siendo posteriormente rectificado su estado civil por el de casado, se estableció que "el demandado Banco del Sur del Perú (hoy Bancosur) para asegurar el pago de la línea de crédito comprobó la situación legal del inmueble submateria, verificando que el dominio del bien fue adquirido por el emplazado Félix Meléndez Quispe como soltero, como igualmente aparece en la escritura del poder inscrito otorgada por este, razón por lo que procede a gravar con garantía y a elevar a escritura pública la constitución de hipoteca respaldado en los principios de fe pública registral y de publicidad, cuya inscripción se produce el cuatro de diciembre de mil novecientos noventicinco. **Que con posterioridad a dichos actos, con fecha tres de agosto de mil novecientos noventiocho se produce la rectificación de la ficha registral en la que mediante la aclaración hecha constar en el asiento tres-C se precisa el verdadero estado civil del aludido demandado como casado. Que, sin embargo, esto no desvirtúa la calidad de bien propio del inmueble contenido en la ficha registral al momento de suscribirse la escritura de otorgamiento de garantía hipotecaria, el veintitrés de noviembre de mil novecientos noventicinco.** Que, siendo así, en virtud del principio de buena fe registral contenido en el artículo 2014 del Código Sustantivo, cuya finalidad precisamente es proteger al tercero que actuando de buena fe y amparado en la presunción de veracidad de las inscripciones, adquiere un derecho de quien aparecía con facultades para otorgarlo; se tiene que el derecho inscrito del Banco demandado se encuentra protegido por la fe registral. Que si bien es cierto el bien submateria podía ser de la sociedad conyugal conformada por la recurrente y el demandado Félix Meléndez Quispe, es de acotar que para tener la certeza de protección de un derecho inmobiliario para efectos del tráfico patrimonial, este debe encontrarse inscrito en los Registros Públicos. Consecuentemente, cuando la sala de vista concluye que, si bien los actos celebrados por el aludido demandado como propietario y como otorgante del poder especial adolecen de vicios de nulidad, no resultan oponibles al derecho inscrito de Bancosur como tercero registral, por encontrarse protegido por el principio de fe registral, y **que la aclaración del estado civil carece de efecto por extemporáneo;** el ad quem no incurre en la inaplicación del artículo 219 del Código Civil al no haberse desvirtuado la buena fe en la actuación de dicha entidad bancaria, dejándose en todo caso a salvo, el derecho de la accionante para que lo haga valer con arreglo a ley".

Las inexactitudes registrales se pueden rectificar en mérito al título archivado que dio lugar a la inscripción, en mérito a documentos aclaratorios otorgados por los interesados o en mérito a documentos fehacientes que acrediten la discordancia entre el registro y la realidad extrarregistral.

El artículo 86 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, establece que "la rectificación surtirá efecto desde la fecha de la presentación del título que contiene la solicitud respectiva. En los casos de rectificación de oficio, surtirá efecto desde la fecha en que se realice". Asimismo, el artículo 87 del citado Reglamento establece que "en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto".

En el segundo precedente de observancia obligatoria aprobado en el Sexto Pleno del Tribunal Registral (*El Peruano*, 02/12/2003), se estableció que "la existencia de una hipoteca no es obstáculo para la rectificación del estado civil del constituyente de dicha garantía".

En la Res. **N° 132-2003-SUNARP-TR-T** de fecha 8 de julio del 2003, que sirve de sustento al citado precedente, se estableció que "en efecto, como lo establecen con meridiana claridad los artículos 86 y 87 del Reglamento, toda rectificación surte efectos desde que se presenta el título rectificatorio, y la rectificación realizada en modo alguno perjudica los derechos de terceros adquiridos de buena fe antes de la rectificación. Ello significa que el Banco de la Vivienda mantiene incólume su calidad de acreedor hipotecario, y está legitimado para comportarse como tal, en virtud a la presunción de exactitud a que se refiere el primer considerando".

En la Res. N° **593-2003-SUNARP-TR-L** de fecha 19 de setiembre del 2003, que también sirvió de sustento al citado precedente, se estableció que "la rectificación de la condición del inmueble no será oponible a los adquirentes o titulares de derechos inscritos o anotados con anterioridad, en virtud del principio de prioridad (artículo 2016 del Código Civil) y fe pública registral (artículo 2014 del Código Civil)".

De otro lado, en el segundo precedente de observancia obligatoria aprobado en el Octavo Pleno del Tribunal Registral (*El Peruano*, 01/10/2004), se ha establecido que "si existe adecuación entre el título presentado y la partida registral, con relación al estado civil de los intervinientes, no procederá que el Registrador deniegue la inscripción sobre la base de información obrante en otros registros, en los que se consigne un estado civil distinto".

XVII. LA INEXACTITUD REGISTRAL

El principio de fe pública registral parte, también, de la consideración que no siempre existe conformidad o concordancia entre el contenido del Registro (verdad oficial) y la realidad extrarregistral, es decir, que no siempre el Registro es exacto, aunque exista la presunción de legitimidad de los asientos registrales que está llamada a salvar dicha discordancia en protección de los terceros

registrales. Dicho de otro modo, el principio de fe pública registral, presupone que el Registro no siempre es fiel reflejo de la realidad como sería, por ejemplo, el caso en que en el Registro no aparezca anotada demanda alguna, cuando en el mundo real se está discutiendo judicialmente el derecho de propiedad de quien aparece como propietario del inmueble. En este caso, la eventual nulidad del título del titular registral no aparece del Registro, por lo que, en principio, sería desconocida por quien confíe en la publicidad registral.

A esto alude el artículo 2014 del Código Civil cuando impone que el tercero registral "mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos". Ahora, siendo que el vocablo "causas que no consten en los registros públicos" que utiliza el artículo 2014 del CC. es demasiado amplio, conviene precisar su significado.

En verdad, no todo lo que obra en el Registro es relevante para los fines del principio de fe pública registral. Para nosotros es claro que solo las partidas registrales hacen el Registro Público y son las únicas cuyo contenido se presume conocido. Sin embargo, la jurisprudencia civil no ha sido muy afortunada a la hora de definir este tema pues como veremos a continuación, algunas veces se ha dado por incluir a los denominados títulos archivados que, ciertamente, existen y se conservan en el Registro, en los alcances de la publicidad registral, presumiéndose que el contenido de los mismos también se reputa conocido en forma absoluta. Sin embargo, el Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos ha venido a resolver el asunto excluyendo, con claridad, a estos últimos de los alcances del principio de publicidad material[71].

Para Alfredo Bullard[72], el conocimiento de la inexactitud del registro, en sentido estricto, no es tal, pues el registro nos da siempre información exacta respecto de quién puede transmitir la facultad de exclusión absoluta.

Roca Sastre precisa que "la inexactitud registral constituye una situación tabular anómala que interesa al derecho inmobiliario registral, en cuanto la misma ha de ser rectificada para lograr la concordancia entre el contenido del registro de la propiedad y la realidad jurídica extrarregistral, a fin de que sea un reflejo exacto de esta, y muy especialmente para que tal inexactitud no sirva de soporte para que sea mantenido en su adquisición un tercero amparado en la fe pública registral"[73].

Para Fredy Luis Silva Villajuán, "las inexactitudes registrales constituyen discordancias entre lo registrado y la realidad extrarregistral, discordancias que pueden versar sobre los actos o derechos inscritos o sobre la base material respecto del que recaen tales actos o derechos, esto es, en el caso del Registro de Predios, el bien inmueble registrado. Las inexactitudes registrales pueden tener origen en un error u omisión del registrador al extender el respectivo asiento de inscripción, en la ambigüedad o inexactitud del título archivado que sustenta la inscripción o en la falta de incorporación al Registro de algún acto o derecho surgido en la esfera extrarregistral"[74].

Para Manuel Albaladejo, "el Registro puede no reflejar la realidad jurídica extrarregistral como, por ejemplo, si no aparece inscrita una finca existente, o lo aparece una antigua finca hoy cubierta por el mar, o una, que existe y está inscrita, cambió de dueño, sin aparecer todavía registrada a favor del nuevo. Cuando la realidad jurídica extrarregistral y el Registro están en desacuerdo se puede calificar a este de inexacto"[75].

La Ley Hipotecaria española en su artículo 39 establece que "por inexactitud del Registro se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral".

Las inexactitudes pueden provenir de la discordancia entre el asiento registral y el título archivado que le dio origen así como de la discordancia entre el registro y la realidad extrarregistral. En cuanto a la primera, por ejemplo, puede ocurrir que en el asiento se publicite que el titular del bien tiene el estado civil de soltero y como tal se entendería que es un bien propio, pero en el título archivado donde consta la escritura pública traslativa de dominio a su favor aparece que el adquirente tiene el estado civil de casado, con lo cual el bien tendría la condición de bien

(71) Artículo VIII del Título Preliminar. **Principio de fe pública registral.-** La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales.

(72) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. cit., p. 175.

(73) ROCA SASTRE, Ramón y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. Tomo III, Octava edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 201.

(74) SILVA VILLAJUÁN, Fredy Luis. "Rectificación o determinación del área, linderos y medidas perimétricas de un predio por mutuo acuerdo". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 14, año 127, abril, 2009, p. 277.

(75) ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Novena edición, Librería Bosch S.L., Barcelona, 2002, p. 930.

social. En cuanto a la segunda, por ejemplo, puede ocurrir que en el asiento registral y en el título archivado el titular aparezca como soltero, sin embargo, en la realidad extrarregistral es casado mucho antes de adquirir el bien, con lo cual el bien tiene en realidad la calidad de bien social.

Fernando Tarazona señala que "dado que en un sistema declarativo dichas situaciones jurídicas y derechos se constituyen extrarregistralmente, es perfectamente posible que exista un desfase entre esta realidad extrarregistral y la registral, máxime cuando la inscripción no es obligatoria"[76].

Jorge Luis Gonzales Loli[77] señala que el concepto de inexactitud registral vigente, comprende dos supuestos básicos: a) Que la inexactitud provenga de errores u omisiones cometidos en algún asiento o partida registral (errores en los asientos registrales), cuya rectificación está prevista en el Título VI del NRGRP; b) Que la inexactitud provenga de causas distintas a errores u omisiones en los asientos registrales, en cuyo caso se requerirá, como supuesto general aplicable, la presentación de título modificatorio que permita concordar lo registrado con la realidad extrarregistral. Este supuesto puede deberse a la falta de registración de un título. Así, si en la partida de un predio sigue apareciendo como titular el señor Pérez, cuando dicho señor ya ha vendido el inmueble al señor Gómez.

> ***"El tercero protegido por el artículo 2014 del Código Civil debe desconocer las inexactitudes registrales, de lo contrario conocería las causales que podrían anular, rescindir o resolver el derecho de su transferente y el suyo."***

El tercero protegido por el artículo 2014 del Código Civil debe desconocer las inexactitudes registrales, de lo contrario conocería las causales que podrían anular, rescindir o resolver el derecho de su transferente y el suyo.

En la **Cas. N° 2199-2006-Lambayeque**, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de julio del 2007 (pp. 19979-19980), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que "tercero en lenguaje jurídico es la persona que pueda desconocer un cambio no inscrito. **Tercero es la persona que desconoce la discrepancia entre el asiento registral y la realidad.** Tercero es la persona que no es sujeto del cambio real no transcrito en el registro, pero que ha adquirido derecho sobre la cosa por parte de quien aparece en el registro como titular, añadiéndole la ley, como requisito de validez, que se haya adquirido a título oneroso y de buena fe".

En la **Cas. N° 1843-2000-Junín**[78] del 28 de noviembre del 2000, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero del 2001, se entendió a la inexactitud en el registro como "**discordancia entre el registro y la realidad jurídica**".

En la **Cas. N° 4309-2007-Cusco** de fecha 20 de noviembre del 2007, publicada el 30 de mayo del 2008 (p. 22201), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que "en virtud del principio de buena fe registral regulado por el artículo 2014 del Código Civil, quedará protegido el derecho del tercer adquirente que confíe en el contenido del registro, no siéndole oponible cualquier prueba o declaración en contrario que no se encuentre sustentada en la información registral. De lo cual se desprende que, aunque el acto del cual emane su derecho sea declarado nulo, el tercero mantendrá su adquisición, en compensación a su buena fe; por ende, para que el referido tercero adquiriente de un derecho mantenga válidamente su adquisición, es necesario que haya actuado con la aludida buena fe registral, es decir, que el referido derecho le haya sido transferido por quien según los registros, sea la persona facultada para hacerlo, **aunque dicha información sea inexacta** o provenga de un acto jurídico nulo o anulable, y siempre que el tercer adquiriente no conozca de la inexactitud de la información registral. En tal supuesto, el derecho del tercer adquiriente no devendrá en nulo aunque se declare nulo el acto jurídico del cual provenga; consecuentemente, no existirá buena fe en la adquisición de un derecho efectuada por aquel que haya estado en condición de conocer de la inexactitud del Registro a partir de la anotación preventiva de la demanda, realizada de acuerdo a las normas reglamentarias registrales; con lo cual, no podrá mantener su adquisición por haber incurrido en un supuesto de mala fe, de acuerdo al artículo 2014 del Código Civil".

En la **Cas. N° 2029-2005-La Merced–Junín** de fecha 15 de marzo del 2007 (*El Peruano*, 3 de enero del 2008), se

(76) TARAZONA ALVARADO, Fernando. Ob. cit., p. 63.

(77) GONZALES LOLI, José Luis. *Comentarios al Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*. Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 377.

(78) Su texto se puede ver en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, año 7, Lima, noviembre del 2001, pp. 194-195.

estableció que: "Los registros públicos, tienen como principal finalidad publicitar situaciones jurídicas; asegurar el tráfico patrimonial, proteger al tercero de buena fe (...) que **una situación que se mantuvo oculta, no puede prevalecer sobre la publicidad del Registro Público,** sin poner en grave riesgo la seguridad jurídica (...) el orden público exige que se respeten los contratos celebrados al amparo de la fe del registro (...) la seguridad es la razón fundamental del Derecho".

XVIII. EXTENSIÓN DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

En la Exposición de Motivos del Libro de Registros Públicos del Código Civil de 1984 se da a la expresión que "no conste en los registros públicos" un contenido amplio, al establecerse que "quien quiera ampararse en el principio de fe pública registral, deberá asegurarse que el derecho del otorgante no padece de causas de nulidad, rescisión y resolución en ninguno de los registros en los que podría aparecer. Siendo que **estas causas pueden resultar del Registro de la Propiedad Inmueble, será necesario verificar si existen en la partida correspondiente al inmueble, pero también pueden aparecer de los registros de mandatos y personal, casos en los que no será necesario revisar estos registros de todo el país, sino solamente los de mandatos y personal del lugar de celebración del contrato.** Esto por aplicación de lo dispuesto en los artículos 2034 y 2038 del Código Civil".

De acuerdo con ello, para ser considerado tercero registral tendríamos que verificar o revisar todas las partidas registrales que podrían estar involucradas, como podría ser el Registro de Personas Jurídicas si en el acto jurídico interviene una persona jurídica representada por un directivo, el Registro Personal para ver si no está registrada la interdicción civil de uno de los contratantes, el Registro de Mandatos y Poderes para ver si el poder con que interviene algún apoderado está vigente o es suficiente.

Al respecto, la **Cas. N° 1167-98-Lambayeque** de fecha 16 de diciembre de 1998, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que "la inexactitud del registro no debe provenir solamente del registro de la propiedad inmueble tal como era concebido por el artículo mil cincuentidós del Código Civil de 1936 sino que **las causas de inexactitud pueden provenir de cualquiera de los registros previstos en el Código Civil, tal como expresan los juristas antes citados, en la Exposición de Motivos Oficial del citado Código Sustantivo**".

En la **Cas. N° 1985-2003-Piura**[79] de fecha dos de noviembre del 2004, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de marzo del 2005, se estableció que tratándose de partidas registrales independizadas de partidas matrices, la publicidad se extiende a estas, aunque el Registrador hubiere omitido trasladar los gravámenes que pesaban sobre el predio matriz a las partidas independizadas.

En la **Cas. N° 849-2008-La Libertad** de fecha 31 de julio del 2008, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de enero del 2009, p. 23791, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, ha establecido que "corresponde a esta Sala de Casación determinar si el principio de publicidad contemplado en el artículo 2012 del Código Civil es aplicable también respecto de todas las partidas registrales que conforman el Registro o únicamente respecto de la partida registral donde se desea inscribir cualquier título. Que, para tal efecto el dispositivo legal en cuestión, complementado además en los artículos I y II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, establece una presunción *jure et de jure*, en virtud de la cual se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de la inscripciones; por lo que al no admitir prueba en contrario y estar referida en términos generales a las inscripciones, no solo tienen una naturaleza imperativa, sino que además **se extiende a todo el registro, es decir, a todas las partidas registrales que se encuentran debidamente organizadas y distribuidas en las respectivas unidades registrales.** Que, en ese sentido, el recurrente no puede alegar que su obligación de conocer el registro se encontraba circunscrita únicamente a la partida registral en la que constaban los antecedentes registrales del bien inmueble que adquirió; por cuanto la norma jurídica analizada está referida al conocimiento de todas las inscripciones registrales sin excepción".

Otro problema es el relacionado con el principio de publicidad registral, en cuanto si la publicidad registral se extiende solo a los asientos registrales o también a los títulos archivados, esto es, si para ser tercero protegido debe revisarse solo los asientos o también los títulos archivados, o en otros términos, si las causales de nulidad, resolución o rescisión solo deben aparecer de los asientos registrales o también pueden constar en los títulos archivados.

En la jurisprudencia nacional existen dos posiciones en cuanto a los alcances de la publicidad registral. Una de ellas estima que la presunción de conocimiento alcanza solo a los asientos registrales y por excepción a los títulos archivados cuando los asientos contienen información incompleta o insuficiente. La otra sostiene que la presunción de conocimiento alcanza no solo a los asientos registrales sino también a los títulos archivados.

(79) Su texto se puede ver en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 79, año 10, abril, 2005, pp. 184-186.

En la Declaración de la Antigua, se estableció que para que el principio de fe pública registral produzca sus efectos, "es necesario que la ley prescriba que, al menos frente a tercero de buena fe, el contenido del asiento registral se imponga sobre el del título que la motivó, en caso de discordancia entre ambas. Mediante esta técnica se posibilita una fundamental transformación jurídica: la inscripción queda independizada, al menos frente a terceros, del título causal. En consecuencia, frente a tercero, es la inscripción y no el título la que delimita el contenido del derecho".

En el II Encuentro Iberoamericano sobre Relaciones entre el Registro de la Propiedad y los Tribunales de Justicia, llevado a cabo en Cartagena de Indias, se estableció sobre el principio de fe pública registral que "conviene recordar que, aunque los asientos son dependientes de los derechos que publican por lo que, la eficacia de estos condiciona la vigencia o la cancelación de aquellos, la necesidad de dotar al tráfico jurídico inmobiliario y mobiliario de un alto nivel de seguridad aconseja la protección de las adquisiciones realizadas a título oneroso y de buena fe por un tercero que ha actuado confiado en los datos jurídicos publicados por el Registro sin que en el mismo constara la amenaza de ninguna causa de resolución".

En la exposición de motivos del Código Civil de 1984 se señala que "limitar la aplicación del principio de fe pública registral al solo contenido del asiento, tendría lógica si el público y en particular el que pretende ser tercero, tuviera acceso solamente a los asientos. Sucede, sin embargo, que tenemos acceso también a los libros, títulos archivados, índices y demás documentos, lo cual puede permitir que la publicidad y sus distintas manifestaciones puedan extenderse al concepto más general del término inscripción, esto es, a todo lo que tiene acogida en el registro y no solo al término restringido de asiento. También tendría sentido si, como en el caso del sistema francés, nuestro sistema fuera de transcripción, pues en este caso la integridad del título se transcribe en el asiento, de tal modo que cuando una persona estudia el asiento en verdad se encuentra examinando la integridad del título. Título y asiento, pues, se confunden. **Pero en nuestro sistema, que es de inscripción, lo que aparece del asiento no es sino un resumen del título.** Por ejemplo, si en un contrato de constitución de hipoteca se pacta en una de sus cláusulas la prohibición de arrendar el bien por parte del propietario, es probable que esta cláusula no aparezca de los asientos, que no es sino un breve resumen del acto, en los que no se señala sino quien es el acreedor hipotecario, cuál es el monto de la garantía, el monto del crédito, plazo para pagar, etc. En este caso, si aplicamos el principio de fe pública registral al solo contenido del asiento, el tercero que inscribe el contrato de arrendamiento (lo que le otorga un derecho que perjudica el derecho del acreedor hipotecario) puede alegar que desconocía la cláusula de prohibición de arrendamiento y defender así suposición de tercero registral. Pero si el principio se aplica a la esencia o espiritualidad de los derechos del acreedor hipotecario, al decir de Chico de Ortiz, o a los documentos que sirvieron para la inscripción, al decir de las ejecutorias antes señaladas, el arrendatario no podrá constituirse en tercero registral, porque no podrá invocar que ignoraba la existencia de la prohibición. **Concluyendo, parte de la jurisprudencia nos puede llevar a señalar que el principio de fe pública registral se extiende al título representado por el asiento y no solo al asiento mismo.** Por otro lado, así parecieran entenderlo los bancos y las instituciones financieras, pues se ha adoptado la costumbre de exigir, a quienes pretenden celebrar contratos de mutuo con garantía hipotecaria, la presentación de títulos de todas las transferencias efectuadas y gravámenes constituidos en los últimos 30 años. No siendo suficiente para este tipo de instituciones de presentación de copias literales de los asientos. **Pero si intentamos una respuesta puramente legalista tenemos que concluir que el Código del 84 al igual que el Código del 36, permite la vigencia del artículo VIII del título preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y por lo tanto aceptando lo ordenado por este artículo bien puede concluirse que el principio se aplica respecto del contenido solo del asiento**".

La doctrina también se encuentra dividida en este tema. Una primera posición considera que nuestro sistema registral es un sistema causal en tanto que otros entienden que se trata de un sistema de inscripción.

Entre quienes sostienen que la publicidad registral comprende tanto a los asientos registrales como a los títulos archivados está Hernán Günther Gonzáles Barrón.

Sostiene este autor que "la publicidad no puede existir sin el hecho, ni puede ser diferente a él, ya que la publicidad es un concepto relacional, que se encuentra en relación a un hecho preexistente, al cual le sirve. Es obvio, pues, que la publicidad nunca puede reemplazar o sobreponerse al hecho, pues ello implicaría el absurdo lógico consistente en admitir la publicidad sobre el vacío, es decir, sobre nada a qué referirse. Así pues, un evento que sucede en la realidad (hecho) puede ser objeto de narración, como ocurre cuando lo relata un periódico (publicidad), pero jamás la narración (publicidad) podrá modificar o derogar el acaecimiento del evento (hecho), el cual existe por sí mismo, y se encuentra en el mundo del "ser", de los hechos reales, de las situaciones concretas (...) Resulta incoherente la pretensión de separar el título con respecto a la inscripción o asiento (...) El asiento registral no puede vivir solo, ni siquiera en Alemania, y por eso se ha creado el artificio técnico del negocio abstracto, cuya finalidad es que las vicisitudes o patologías del negocio causal (venta,

permuta, etc.) no afecten la transferencia del derecho (...) El asiento no tiene vida propia porque está conectado causalmente con el título que le dio origen. En nuestro sistema causalista de atribuciones patrimoniales no cabe que el asiento registral publique algo distinto del título. Los sistemas abstractos, como el alemán, pueden justificar una solución legal de este tipo, pero no el nuestro que es causalista, y aun así debe recordarse que la inscripción germana siempre está conectada a un negocio (abstracto), esto es, a un título (...). La inscripción no es más que un resumen del título, un mero extracto con fines simplificadores, y que no se encuentra regulado en las leyes sustantivas, sino en reglamentos registrales"[80].

Entre quienes sostienen que la publicidad registral comprende solamente a los asientos de inscripción tenemos a Jorge Avendaño Valdez, quien sostiene que "se debe mantener la protección al tercero registral, pero restringiendo la buena fe a la de carácter registral, es decir, a la que resulta del examen del asiento de inscripción. En este sentido, debe modificarse el artículo 2014 del Código Civil"[81].

También Fernando Tarazona, quien considera que "fundamentamos ello en razón de que en nuestro sistema registral se ha optado por el principio de inscripción como técnica registral, según se desprende del artículo 2010 del Código Civil, que señala que la inscripción registral se hace en virtud del título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria. Asimismo, ello se desprende de los artículos 1, 31, 48 y 50 del Reglamento General de los Registros Públicos. Mediante el sistema de inscripción, el registrador, previa calificación de su legalidad, extrae del título aquellos elementos que merecen ser publicados con efectos *erga omnes*, y los incorpora a la partida mediante un asiento. En este sentido se diferencia del sistema de transcripción, en donde se copia todo el contenido del título, así como del de archivamiento, donde el registrador se limita a archivar los títulos que le son presentados, formando legajos (...). Solo la información contenida en los asientos registrales va a gozar de la publicidad registral. Lo acabado de afirmar se desprende del artículo 2012, que regula la publicidad registral, en el sentido de que se establece la presunción de conocimiento de los asientos de inscripción; y del artículo 2013, que recoge el principio de legitimación, mediante el cual se establece la presunción de validez del contenido de los asientos registrales, salvo que sean rectificados o anulados por el Poder Judicial"[82].

Martín Luque Rázuri señala que "en esctricto, solo es información registral aquella que consta en los asientos de inscripción (en tomos, fichas o partidas electrónicas), porque solo ellos (no los títulos) gozan de los efectos establecidos por los principios registrales de publicidad, legitimación y fe pública registral, según los artículos I, VII y VIII del Título Preliminar del RGRP"[83].

Como ejemplo de Jurisprudencias que han acogido las posiciones contradictorias de los alcances de la publicidad registral, tenemos a las siguientes casaciones:

En la **Cas. N° 3088-06-Lima** de fecha 13 de junio del 2007[84], publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de octubre del 2007, la Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República, estableció que "forman parte de la publicidad de los registros públicos, los títulos archivados, lo que guarda concordancia con el artículo 160 del Reglamento antes citado, porque como el asiento registral es solo un resumen, en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda persona, porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros. Que, por ello y a fin de asegurar la buena fe registral no solo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio origen, más aún cuando el artículo 185 del Reglamento, dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos; ni expresar el motivo o causa por las cuales se solicitan. **En tal contexto, es menester precisar que cuando el Código Civil emplea el término 'registro público' su concepto y alcances no pueden ser interpretado de manera restrictiva, limitándolo solo al conocimiento del asiento registral, dado que la presunción absoluta de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones implica el conocimiento tanto del asiento registral como de los títulos y documentos que lo sustentan y que se encuentran archivados en los registros públicos**, de lo cual además se

(80) GONZALES BARRÓN, Günther. "Fundamentos que explican la primacía del título frente al asiento registral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 116, año 13, mayo, 2008, pp. 304-305.

(81) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad". En: VV.AA *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* UPC, Lima, 2001, p. 175.

(82) TARAZONA ALVARADO, Fernando. Ob. cit., p. 65.

(83) LUQUE RÁZURI, Martín. "Agenda pendiente para la publicidad registral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 61, año 9, octubre, 2003, p. 71.

(84) Su texto puede verse en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 114, año 13, marzo, 2008, p. 255.

desprende la obligación de que tienen los funcionarios de la entidad registral de dar a conocer los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales. Que, en tal sentido, en el caso de autos, el tercero registral Juan José Amaya Medina se encontraba en la obligación de efectuar la búsqueda de todo aquello que pudiera afectar su futuro derecho de propiedad, por consiguiente, en el caso de autos se verifica una interpretación errónea del artículo 2012 del Código Civil que rige el principio de publicidad. Que, por su parte, el artículo 2014 del Código Sustantivo consagra el principio de la buena fe registral en el que para su aplicación deben concurrir copulativamente, los siguientes requisitos: a) el adquiriente obtenga el derecho a título oneroso, b) el adquiriente actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presume mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro, es decir, se trata de una presunción *juris tantum*; c) el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) el adquiriente inscriba su derecho; y, e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante. Que, en ese entendido, el principio de buena fe registral persigue proteger al tercero, que ha adquirido un derecho de quien finalmente tiene capacidad para otorgarlo, lo que implica buscar la seguridad en el tráfico inmobiliario, sin embargo, la búsqueda de la seguridad en tal tráfico puede importar un sacrificio de la seguridad del derecho, por ello es que para morigerar tal sacrificio el legislador ha dificultado el acceso al principio de la buena fe registral, el que para ser alegado debe cumplir con los requisitos señalados en el considerando precedente; en consecuencia, la norma que contiene el mencionado principio debe ser interpretada en forma restrictiva. Que, uno de los requisitos que tiene que cumplir quien alega el principio de la buena fe registral para que su derecho resulte oponible es que actúe de buena fe tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo. Que, en tal sentido, en el caso de autos se aprecia también la interpretación errónea del artículo 2014 del Código Civil, pues a don Juan José Amaya Medina no le alcanzan los efectos de la buena fe registral dado que se encontraba a su alcance conocer de la ampliación en el plazo del usufructo de cinco años más, esto es, hasta el cuatro de octubre de dos mil quince, ello en el entendido que en la buena fe de naturaleza objetiva, la protección al tercero no se basa en la buena fe que ha demostrado en su intervención contractual, **pues en realidad la buena fe consiste en estar convencido de haber obrado de manera diligente, prudente y honesta, esto es, estar convencido de la certeza, licitud y legitimidad de su conducta**, por ello, para sostener dicho convencimiento se debe verificar la realización de las diligencias necesarias de la manera antes descrita, por consiguiente, en el caso concreto, no se llega a evidenciar que el tercero en mención haya actuado de buena fe".

> ***"Parte de la jurisprudencia nos puede llevar a señalar que el principio de fe pública registral se extiende al título representado por el asiento y no solo al asiento mismo. Por otro lado, así parecieran entenderlo los bancos y las instituciones financieras."***

La **Cas. N° 2458-2005-Lima** (*El Peruano*, 31/01/07), estableció lo siguiente: **Primero.-** Que, del análisis del recurso y sentencias impugnadas fluye que corresponde a esta Sala de Casación determinar si el principio de publicidad contemplado en el artículo dos mil doce del Código Civil es aplicable también respecto de cualquier título archivado y si, por cuyo conocimiento, al tercero adquiriente ya no le es aplicable el principio de buena fe registral recogido por el artículo dos mil catorce del mismo Cuerpo Legal; **Segundo.-** Que, a fin de resolver la materia del recurso, es preciso iniciar por el principio de fe pública registral previsto en el artículo dos mil catorce del Código Civil para luego seguir con el principio de publicidad regulado en el artículo dos mil doce del mismo Código; que en ese sentido debe indicarse que el fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirientes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello, el Código Civil en su artículo dos mil doce reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales; **Tercero.-** Que, el legislador, concuerda con esta interpretación, según la cual, la fe pública registral protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de quien aparece en el registro como titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes (exposición de motivos oficial del Código Civil. Editorial Cuzco, mil novecientos noventiocho, páginas ciento noventicuatro y ciento noventisiete); **Cuarto.-** Que, si bien es verdad el artículo ciento ochenticuatro del Reglamento General de los Registros Públicos, vigente a la fecha de los hechos, establece que a fin de asegurar la publicidad de los Registros, los funcionarios de los mismos están obligados a manifestar a toda persona los libros, los títulos archivados, índices y demás documentos que

obran en las oficinas registrales, ello no debe ser interpretado como que el principio de publicidad registral se extiende también por regla general a los títulos archivados, sino en el sentido de que **dicha extensión alcanzará a los títulos archivados si existiera insuficiente información en el asiento de inscripción**; dado que estimar que los interesados deben recurrir a los títulos archivados o a procedimientos extraordinarios para la determinación de con quien están contratando generaría un obstáculo para la realización de actos jurídicos y una elevación del costo de los mismos, lo cual atentaría contra la fe pública registral y la seguridad jurídica; **Quinto.-** Que, en este caso, el demandado Ricardo Antonio Montalbán Ahuite mantiene o conserva la eficacia de su derecho en virtud del principio de fe pública registral, toda vez que cuando adquirió por compraventa el inmueble sub júdice de parte de Noelia Irene Lau Vilcachagua, en la Ficha Registral número uno seis tres nueve cuatro cuatro uno, continuada a la Partida número cuatro nueve cero tres cuatro nueve ocho dos, su vendedora no aparecía con el estado civil de casada, sino que se identificó como soltera; derecho conservado que ha sido transmitido al litisconsorte necesario Vicente Inoñán Ventura; por consiguiente, la interpretación que desarrollan los juzgadores del artículo dos mil catorce del Código Civil para la desestimación de la presente demanda se encuentra arreglada a ley; y si bien se ha producido la inaplicación expresa del artículo dos mil doce del mismo Código; su aplicación no desvirtúa el criterio y sentido de la sentencia de vista sino que, por el contrario, la sustenta más".

En la **Cas. N° 2884-2005-Puno**, de fecha 30 de octubre del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de abril del 2007, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se consideró también lo siguiente: "que, por tanto, el principio de publicidad registral se aplica por regla general al contenido de la inscripción de cualquiera de los Registros contemplados en el artículo dos mil ocho del Código Sustantivo y si bien es verdad el artículo ciento ochenticuatro del Reglamento General de los Registros Públicos, vigente a la fecha de los hechos, establece que a fin de asegurar la publicidad de los Registros, los funcionarios de los mismos están obligados a manifestar a toda persona los libros, los títulos archivados, índices y demás documentos que obran en las oficinas registrales, ello no debe ser interpretado como que el principio de publicidad registral se extiende automática e ineludiblemente a los títulos archivados, sino en el sentido de que **dicha extensión alcanzará a los títulos archivados en tanto y en cuanto la información contenida en la inscripción resultare insuficiente para el negocio o acto jurídico a celebrarse o por la naturaleza de dicho negocio se requiera el conocimiento de toda información relevante;** dado que estimar que los interesados deben recurrir obligatoriamente a los títulos archivados o a procedimientos extraordinarios para la determinación de con quien están contratando generaría un obstáculo para la realización de actos jurídicos y una elevación del costo de los mismos, lo cual atentaría contra la fe pública registral y la seguridad jurídica".

En atención a lo antes expuesto somos de la opinión que el tercero solo debe revisar los asientos registrales y si de ellos no se desprenden causales de nulidad, tendría buena fe. A los títulos archivados solo se debe acudir cuando la información contenida en el asiento es insuficiente o contradictoria.

Esta posición ha sido recogida en la Ley de Garantía Mobiliaria – Ley N° 28677, la que en su artículo 40 establece que "si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información en el asiento electrónico, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último".

XIX. LA ADQUISICIÓN INMOBILIARIA A *NON DOMINO*

El principio se plantea como supuesto normativo la adquisición de un derecho de quien no es titular de este. Cuando hablamos de la adquisición a *non domino* estamos aludiendo a la circunstancia de haber adquirido el derecho de propiedad de persona que no era propietaria del inmueble o, de quien ha dejado de serlo.

Guillermo Franklin Sierra Vásquez señala que: "elemento común y típico de toda adquisición a *non domino* es un acto de disposición de una determinada situación jurídica (normalmente un derecho subjetivo) por parte de un sujeto que no ostenta la titularidad ni está facultado para disponer de él; pero que en virtud de una especial tutela basada en la buena fe, apariencias y/o la publicidad registral que generó la confianza de la otra parte en la regularidad del acto, el negocio jurídico celebrado que de ordinario sería ineficaz (no inválido) logra obtener una relevancia y eficacia jurídica propia, produciéndose de esta manera el doble efecto: la pérdida del derecho del anterior titular y la adquisición *(a non domino)* del derecho a favor del tercero"[85].

(85) SIERRA VÁSQUEZ, Guillermo Franklin. "Algunas consideraciones sobre la adquisición a non domino y el principio de fe pública registral". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 120, año 14, Lima, setiembre, 2009, p. 135.

En la **Cas. N° 951-2005-Sullana** de fecha 25 de noviembre del 2005, se estableció que **"toda enajenación exige, aparte de la validez intrínseca del acto mismo, la preexistencia de la facultad de disponer en el enajenante, sin la cual, en principio, la transmisión es ineficaz.** El Registro de la Propiedad ha sido instituido para dar seguridad al que realiza una adquisición inmobiliaria, eliminando la posibilidad de que esta resulte ineficaz por no existir derecho en el transferente. En sistemas registrales como el peruano, en que la inscripción, en principio, no forma parte del iter adquisitivo del Derecho real, pues no es constitutivo, la seguridad en el tráfico inmobiliario se consigue haciendo válida, dadas ciertas condiciones, aun a la adquisición a *non domino* inscrita, que queda dotada de una protección que la hace invulnerable. El Registro garantiza quién es el propietario de la finca, por eso el artículo 2013 del Código Civil, contiene una presunción de *iuris et de iure*, esto es que no admite prueba en contrario, de tal manera que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (...). Tal protección al adquiriente de buena fe y a título oneroso que inscribe su derecho, se justifica: a) precisamente en la buena fe, de quien cree en la titularidad del que le transmite, lo que se debe proteger; y, b) en la negligencia del titular verdadero, quien al no cuidar se inscriba su derecho, dio lugar a que se realice una transacción en la que él no intervino"[86].

El principio de fe pública registral protege las adquisiciones a *non domino*, es decir, a aquellas que en el derecho común no tendrían protección. Así, por ejemplo, se protege a quien adquiere la propiedad de quien aparece como titular en el Registro, pero que en realidad ya no era propietario; también a quien adquiere del titular registral cuya adquisición sufría de una causal de nulidad.

(86) Su texto se puede ver en Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial <www.pj.gob.pe>.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

LA INCAUTACIÓN Y EL DECOMISO EN LOS PROCESOS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

ZÚÑIGA RÍOS, Juan Carlos. "La incautación y el decomiso en los procesos contra el crimen organizado". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

LA INCAUTACIÓN Y EL DECOMISO EN LOS PROCESOS CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Dr. Juan Carlos Zúñiga Ríos

LA INCAUTACIÓN:

La incautación es la privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal o también puede decirse que es la desposesión que realiza la autoridad competente de bienes y efectos por razones de interés público o de actuaciones ilícitas

La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (…), y como medida de coerción (…). En ambos casos en un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

La incautación siempre requiere de la resolución judicial, sea antes de su ejecución o después de ella. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. En cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

DETENCIÓN DE (a) “Renzito”

CELULARES INCAUTADOS (a) “Renzito”

1560

El Código Procesal Penal reconoce la existencia de dos formas de incautación:

a) Incautación Instrumental, como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos y así está regulado en los artículos 218° al 223°. Recae sobre bienes que constituyen cuerpo del delito o contra cosas que se relacionan con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados

El Código Procesal Penal reconoce la existencia de dos formas de incautación:

b) Incautación Cautelar, como medida de coerción y así está regulado en los artículos 316° al 320°. Tiene incidencia en los efectos de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por ley.

La incautación instrumental o cautelar (203° y 254° NCPP), tiene tres mecanismos:

a) Por regla general la decisión judicial debe dictarse inmediatamente o lo que es lo mismo sin trámite alguno y ello obliga al Operador Judicial a emitir su pronunciamiento el mismo día o a más tardar al día siguiente de presentado el respectivo requerimiento por el representante del Ministerio Público.

La incautación instrumental o cautelar (203° y 254° NCPP), tiene tres mecanismos:

b) El Operador Judicial está facultado a que tan pronto ingrese el requerimiento fiscal pueda correr traslado a las partes o sujetos procesales y en especial al afectado, siempre que no exista riesgo fundado de pérdida de la finalidad de la medida y luego de aquel trámite resolver el pedido fiscal; y

La incautación instrumental o cautelar (203° y 254° NCPP), tiene tres mecanismos:

c) El Juez de Investigación Preparatoria puede discrecionalmente decidir llevar adelante la respectiva audiencia siempre que no ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna, la que debe llevarse adelante con los asistentes.

Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. Ante la resolución judicial se puede interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida.

LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN :

El representante del Ministerio Público está en la obligación de solicitar la confirmatoria judicial de la incautación llevada adelante sin autorización del Operador Judicial en casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su producción y así puede advertirse de la lectura del inc. 3° del artículo 203° y del inc. 2° del artículo 316°, disposiciones que inclusive usan la terminología “inmediatamente” para dar a entender que aquel requerimiento se debe verificar en el acto o en el término de la distancia.

LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN :

No existe norma que determine cuál es el espacio temporal del que podría hacer uso el Fiscal para requerir la confirmatoria judicial de incautación pero debe ser inmediatamente "…el mismo día o a más tardar al día siguiente…"

LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN :

Sin embargo el Código Adjetivo en el artículo 203.3° para que el Juez de Investigación Preparatoria se pronuncie al respecto tiene para resolver el pedido el mismo día o a más tardar el día siguiente.

LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN :

En síntesis, por interpretación sistemática de las normas del propio Código Procesal Penal, se concluyó que si el Juez de Investigación Preparatoria tiene dos días para pronunciarse sobre el requerimiento Fiscal; en consecuencia, ese mismo plazo debía concederse al Fiscal para que válidamente pueda postular el respectivo requerimiento

LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN :

El Fiscal Provincial está en la obligación de solicitar la confirmatoria judicial de incautación inmediatamente; esto es, rápidamente y en el día; también lo es, que la morosidad del representante del Ministerio Público en presentar el pedido inmediatamente, no puede traer como consecuencia que el requerimiento no sea confirmado por el Operador Judicial, sino que ello generará sólo responsabilidad administrativa en el Fiscal y el Operador Judicial deberá pronunciarse sobre el fondo del asunto, mas no sobre la forma

EL DECOMISO:

Decomiso es la pérdida de los instrumentos y efectos del delito o infracción. En el decomiso se presenta una pérdida parcial de los bienes de una persona, por las razones del interés público contenidas en la legislación.

EL DECOMISO:

Dentro de la parte administrativa hablar de decomiso es por ejemplo los decomisos que realizan las aduanas en los controles del país. Pero eso es hablar un poco en la parte administrativa, donde el decomiso colige la desposesión temporal de determinados bienes con el objeto incorporarlos al proceso y procurar la recolección de fuentes de pruebas indispensables en el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación.

Pero dentro de nuestro ordenamiento penal, cuando se comete un hecho ilícito con un bien, muchas veces concurren estas dos categorías, iniciadas primero con la incautación del bien y luego se procede con la autorización del decomiso, como lo establece el código penal en su artículo 102.

“El Juez resolverá el decomiso o 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.”

DIFERENCIAS ENTRE INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Primero debemos analizar los términos de incautación y decomiso, son sinónimos gramaticalmente hablando, pero en el proceso penal la definición es diferente. Entendiéndose que la incautación es un procedimiento donde se afecta temporalmente la posesión de un bien afectando directamente al Derecho de Propiedad de una persona y el decomiso es normalmente definitivo como en el caso de la droga.

EL DECOMISO

primero se procede con la incautación del bien y luego se procede con la autorización del decomiso, asimismo también en el artículo 103 del código penal establece que el juez tiene la facultada de no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente. Cuando se demuestre que el bien incautado no procede o no tiene su origen del hecho ilícito o su valor no tiene relación con la naturaleza y la gravedad del tipo penal.

TONELADAS DE DROGA EN CARBON

1577

DROGA EN CARBÓN

1578

DECOMISO DE DROGA

1579

FIN.

GRACIAS.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

EL PROCESO DE PÉRDIDA DE DOMINIO

DELGADO TOVAR, Whalter. "El proceso de pérdida de dominio". Material informativo remitido por la comisión de actos preparatorios

EL PROCESO DE PERDIDA DE DOMINIO

Mag. Walther Delgado Tovar

Antecedentes

- Decreto Legislativo 992 (22/07/2007)
- Ley 29212 (16/04/2008)
- Decreto Legislativo 1104 (19/04/2012)

¿Qué hacer con los patrimonios criminales?

Patrimonio Criminal

- **Instrumentos:**

  "Son instrumentos (*instrumenta scaeleris*) los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución, como por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de los que se haya valido el falsificador" . GRACIA MARTÍN, Luis y otros. *"Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 379

1585

Patrimonio Criminal

- **Efectos:**

  Constituyen efectos del delito, los bienes obtenidos como producto de la actividad delictiva (*producta scaeleris*), ya sea de forma mediata o inmediata, así los billetes o alimentos adulterados o los documentos falsificados.

Patrimonio Criminal

- **Ganancias:**

  "Por ganancias del delito se entiende a todos los bienes o derechos que constituyen efectos mediatos del delito, esto es, que sin provenir directamente del delito tienen como su fuente al mismo, tales son los casos de intereses de cuentas bancarias abiertas con el dinero del delito, o los frutos o rentas que los bienes objeto de la infracción pudieran reportar al agente". MEINI MÉNDEZ, Iván.

Criterios de Política criminal y opción legislativa

- Convenciones internacionales
- En la mayor parte de la legislación comparada el decomiso se concreta en el proceso penal
- Otras legislaciones prevén el decomiso sin condena, decomiso fuera del proceso penal, decomiso *in rem, extinción de dominio, privación de dominio, pérdida de dominio.*
- *Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Filipinas, Bulgaria, Serbia, Honduras, Costa Rica, Guatemala, Colombia, México, República Dominicana, Bolivia (proyecto).*

Decomiso de Bienes

- Art. 102º, 103º, 221º, 231º, 401º C.P. y otras leyes especiales.

- Es definido como la medida tendiente a privar al agente del delito de los bienes que ha utilizado para la ejecución del delito (instrumentos) o los productos obtenidos como consecuencia del delito (efectos y ganancias).

Decomiso

- **Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito**

  "*El Juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el* ***decomiso de los instrumentos*** *con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los* ***objetos del delito*** *son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los* ***efectos o ganancias del delito****, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.*

  El Juez también dispone el decomiso de los ***bienes intrínsecamente delictivos****, los que serán destruidos.*

  Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan ***mezclado*** *con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.*

  Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un ***monto equivalente*** *al valor de dichos efectos y ganancias".*

Decomiso de Bienes

- No es aplicable en los siguientes supuestos:

- Cuando no es posible iniciar la acción penal.
- Cuando no es posible continuar con el ejercicio de la acción penal (Extinción de la acción penal).
- Cuando el proceso penal se archivado por cualquier causa, sin haberse desvirtuado la procedencia ilícita de los bienes.
- Cuando habiendo concluido el proceso penal con sentencia firme, aparecen nuevos bienes materia de decomiso.

Decomiso de Bienes

- Resulta de vital importancia la regulación del ejercicio de la acción de decomiso fuera del proceso penal, mediante una acción real y autónoma a fin de cubrir aquellos supuestos en los que la actual regulación sobre el ejercicio de la acción de decomiso de bienes resulta insuficiente.
- Legislación comparada: Art. 76 del Código Penal Alemán, prevé la posibilidad de resolver el decomiso de bienes, aun en los supuestos en que por motivos de hecho ninguna persona pueda ser perseguida o condenada, así también en los supuestos en los que la persecución del delito haya prescrito.

¿Pérdida de Dominio o Decomiso de Bienes?

- **Artículo 1º.- Concepto y principios**

  "Para los efectos de la presente norma el dominio sobre derechos y /o títulos **sólo puede adquirirse a través de mecanismos compatibles con nuestro ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquel brinda**. La adquisición o destino de bienes obtenidos ilícitamente no constituye justo título, salvo en el caso del tercero adquirente de buena fe.

  La pérdida de **dominio** establece **la extinción de los derechos y/o títulos** de bienes de procedencia ilícita, en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna..."

¿Pérdida de Dominio?

- En la relación que surge entre el agente del delito y los bienes que constituyen los efectos o ganancias del mismo no existe una relación jurídica amparada por el ordenamiento jurídico, por haber surgido de la contravención al mismo, en consecuencia no surge ningún derecho de propiedad, existiendo sólo una apariencia de titularidad. En tal sentido, no cabe hablar de pérdida de dominio, porque no se puede extinguir lo que legalmente no existe, habiendo sido preferible la dación de una Ley General de Decomiso.

¿Pérdida de dominio?

"No se puede perder lo que no se tiene"

1595

Naturaleza de la Acción

- **Acción Real:**

  El derecho real que da contenido a la acción de pérdida de dominio, es la propiedad que el Estado detenta sobre los bienes materia de decomiso; sobre los cuales no detentan derechos reales los particulares (Art. 102º C.P.). Esto es, la ley atribuye titularidad al Estado sobre los bienes instrumentos, efectos o ganancias del delito; es por ello que éste válidamente ejercita la acción sobre quienes detentan tales bienes, solicitando al órgano jurisdiccional se le reconozca la propiedad sobre los mismos, lo que se concreta con la correspondiente resolución que declara el decomiso de los mismos.

Naturaleza de la Acción

- **Acción Autónoma:**

  La Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-740/03, ha señalado: "...*La extinción de dominio es una acción constitucional pública (...), en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio, independientemente de que tal ilegitimidad genere o no un juicio de responsabilidad penal...*". Como señala ESPITA GARZÓN: "*Ontológicamente la extinción de dominio no es sino la consecuencia jurídica de una situación relevante para el derecho. Si bien conlleva un afortunado desestímulo al ejercicio de actividades ilícitas como medio de lucro, su naturaleza la orienta a realizar los efectos jurídicos de una situación viciada y no a sancionar a su autor, pues ello es efecto penal independiente*".

Fundamento de la Acción

- *"En efecto, no tendría ningún sentido la concepción del Estado como social de Derecho y, en consecuencia, como Estado de justicia; ni la inclusión del valor superior justicia en el Preámbulo de la Carta, ni la realización de un orden social justo como uno de los fines del Estado, ni la detenida regulación de la libertad y de la igualdad como contenidos de la justicia; si se permitiera, por una parte, que se adquieran derechos mediante títulos ilegítimos y, por otra, que esos derechos ilícitamente adquiridos fueran protegidos por la Constitución misma. Por el contrario, la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente: Los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda"* . CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SENTENCIA C-740/03

Fundamento de la Acción

Instrumentos:

El fundamento de dicha afectación radica en la peligrosidad del bien, pues éste "*está destinado sólo a proteger a la población frente a posibles riesgos y, en especial, frente a la comisión de hechos punibles. Su alcance se extiende a los objetos que, de acuerdo con su naturaleza y bajo circunstancias concretas, ponen en peligro a la colectividad (por ejemplo, veneno, explosivos) o respecto de los cuales exista el riesgo cierto de que sean utilizados para la comisión de delitos (verbigracia, documentos falsificados, armas prohibidas...)*"[1].

[1] JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas: "*Tratado de Derecho Penal. Parte General*", pp. 860/861.

Causales por las que procede

a) **Cuando por cualquier causa no es posible iniciar o continuar el proceso penal.**

- ✓ **Caso Sani Abacha**
- ✓ **Caso Pablo Escobra**
- ✓ **Caso prescripción (Encubrimiento real)**
- ✓ **Casos de inmunidad (Pinochet)**
- ✓ **Caso Chacón Málaga**
- ✓ **Caso contumacia o ausencia**

Causales por las que procede

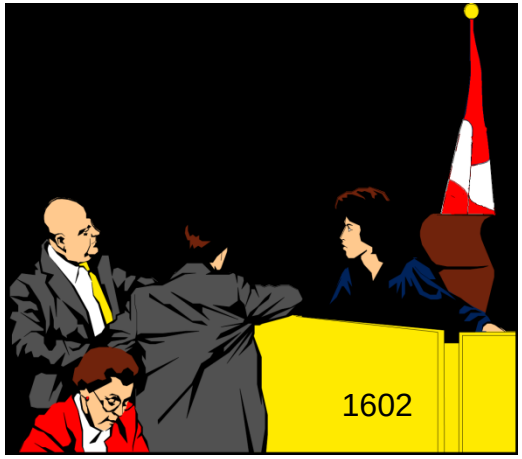
b) **Cuando el proceso penal ha concluido sin haberse desvirtuado el origen de los bienes.**

- ✓ Caso de la primera sentencia de pérdida de dominio (absolución por encubrimiento real).
- ✓ En el proceso penal no debe existir pronunciamiento alguno sobre los bienes (Cosa Juzgada), salvo que no exista Cosa Juzgada Constitucional.
- ✓ Casos de Lavado de Activos archivados por no haberse probado el delito previo.

Causales por las que procede

c) Cuando la acción de decomiso ya no pudiera ejercitarse en el proceso penal, por encontrarse en sus postrimerías.

- ✓ La pretensión de decomiso debe ser debidamente ejercitada, admitida, sometida a prueba y resuelta en el proceso penal.



Causales por las que procede

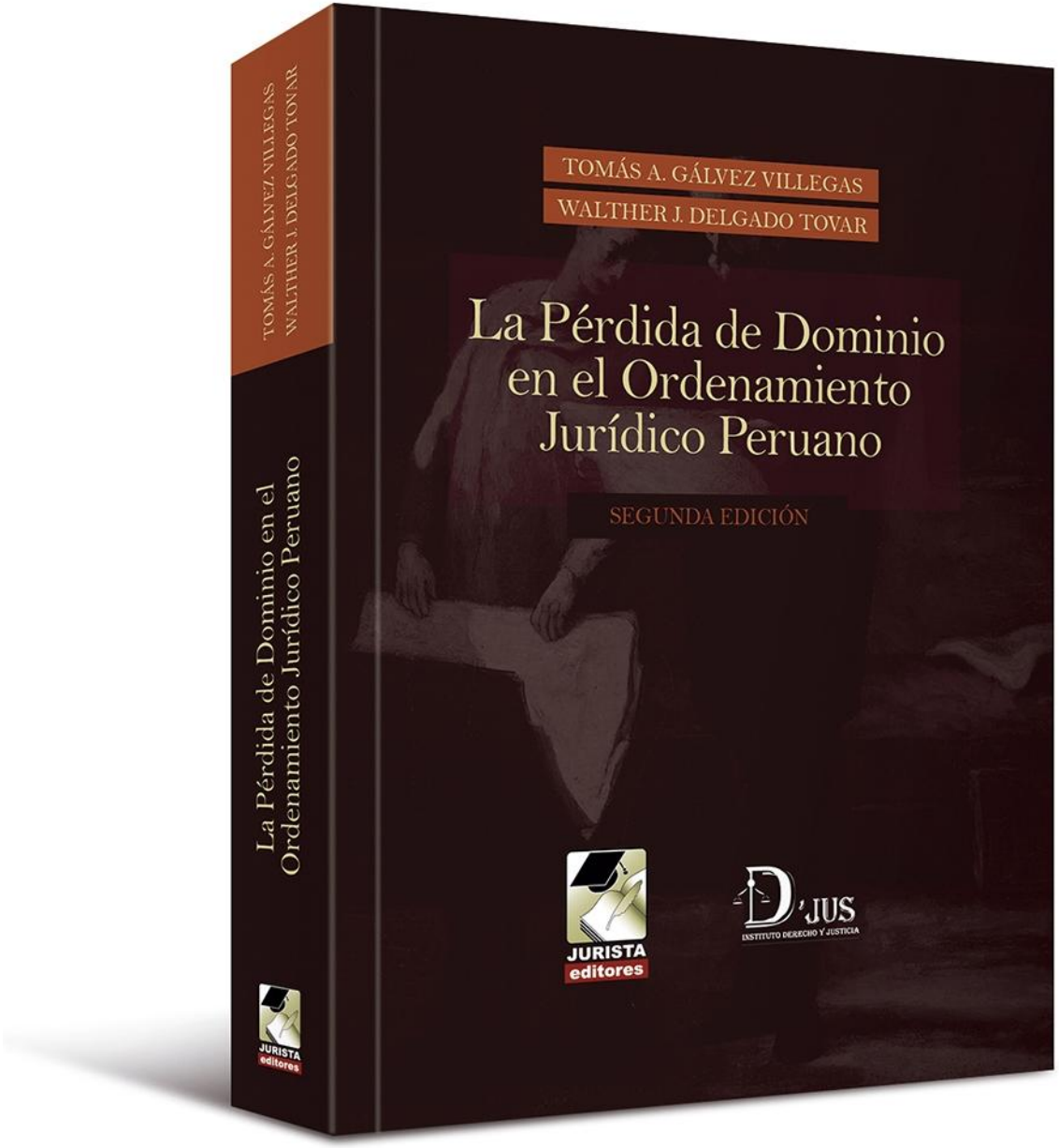
d) Cuando los bienes se descubren después de concluido el proceso penal

- ✓ Caso de bienes que se encuentran en paraísos fiscales o en jurisdicciones *off shore*.
- ✓ Bienes que han sido ocultados o transferidos a terceros. (Aunque aquí puede operar el decomiso por valor equivalente).

Causales por las que procede

e) Bienes de la organizaciones criminales

- ✓Se posibilita el decomiso de los bienes en poder o a disposición de las organizaciones criminales, aun cuando no se haya determinado una relación de causalidad con un hecho delictivo concreto.


TOMÁS A. GÁLVEZ VILLEGAS
WALTHER J. DELGADO TOVAR
La Pérdida de Dominio en el Ordenamiento Jurídico Peruano
SEGUNDA EDICIÓN
JURISTA editores
D'JUS
INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

MUCHAS GRACIAS

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Ley 30076

Ley que modifica el artículo 102 del Código Penal.

CODIGO PENAL MODIFICADO POR LEY 30076

(VIGENTE 20 DE AGOSTO DE 2013)

Artículo 102. Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Ley 30424

Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional

Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional

LEY Nº 30424

VIGENTE 1 DE JULIO DE 2017

SECCIÓN I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

SECCIÓN II
ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Artículo 11. Decomiso

El juez, cuando corresponda, dispone el decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito de cohecho activo transnacional por el que se declare responsable administrativamente a la persona jurídica, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal, conjuntamente con las medidas administrativas del artículo 5 que resulten aplicables.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

D. Leg. 1104

Decreto Legislativo que modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio

Decreto Legislativo que modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio

(PUBLICADO 19 DE ABRIL 2012)

DECRETO LEGISLATIVO Nº 1104

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 093-2012-PCM (Reglamento)
OTRAS CONCORDANCIAS

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

Que, el Congreso de la República por Ley Nº 29815 y de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que figuran la modificación de la legislación que regula el proceso de pérdida de dominio para ampliar sus alcances a los delitos vinculados a la minería ilegal, fortalecer la investigación y procedimiento, así como perfeccionar la incautación, decomiso y destrucción de los objetos, instrumentos o efectos del delito y su administración, según el caso;

Que, conforme a los alcances de la delegación de facultades legislativas, es conveniente efectuar una reforma normativa conducente a asegurar que la pérdida de dominio sea aplicable con eficacia a los delitos en los que ya opera y que se amplíen sus alcances a otros tipos penales referidos a la minería ilegal y al medio ambiente, así como los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales;

Que, es conveniente asegurar que el Estado cuente con los instrumentos legales que permitan una firme lucha contra el crimen organizado dentro del cual se insertan las actividades de minería ilegal, lo que requiere estatuir un ordenamiento eficaz de pérdida de dominio y del sistema de incautaciones o decomisos de objetos, instrumentos, efectos y ganancias provenientes del delito;

Que, la legislación actual sobre pérdida de dominio adolece de diversas deficiencias e imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que ha generado serias dificultades en los operadores jurídicos para su aplicación práctica como herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, al coexistir en la práctica con las normas generales y especiales sobre incautación y decomiso de bienes, lo cual hace indispensable determinar con claridad el marco normativo aplicable y las competencias específicas en cada caso;

Que, la pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal que, por el principio de igualdad, debe ser aplicable a todos los delitos que, por su lesividad y trascendencia social, ameritan la intervención inmediata y severa del Estado, incluyendo la minería ilegal, a efectos de potenciar la eficacia de la lucha contra el crimen organizado y

contar, de este modo, con las herramientas legales que puedan ser aplicadas de modo transversal y conforme a procedimientos legales claros, pertinentes y eficaces;

Que, de igual modo, es necesario contar con una mejor regulación sobre la recepción, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, asignación en uso, disposición, subasta y, en su caso, devolución de bienes incautados, así como aquellos involucrados en la pérdida de dominio, en la medida que se ha reportado que los bienes incautados a la minería ilegal y de otras actividades delictivas vienen sufriendo deterioro y generando altos costos en su administración, lo que requiere ajustes importantes para una mayor eficacia en la forma en que se disponen de los mismos;

Que, es preciso también contar con las facultades que permitan que los bienes riesgosos, peligrosos o dañinos a la seguridad pública y que sean objeto del delito de minería ilegal y otros ilícitos conexos, puedan ser destruidos;

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, así como establecer los mecanismos de distribución y administración de los bienes o fondos recaudados.

Artículo 2.- Concepto y ámbito de aplicación

2.1. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.

2.2. Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 093-2012-PCM (Reglamento), Art. 11

Artículo 3.- Criterios de aplicación

A efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo debe tenerse en cuenta que:

a) Se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso.

b) La acción de pérdida de dominio prescribe a los veinte (20) años.

c) Se puede incoar la acción de pérdida de dominio aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de éstos.

Artículo 4.- Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio

La pérdida de dominio procede cuando se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo y cuando concurran alguno o algunos de los siguientes supuestos:

a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.

b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.

c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.

d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes.

Artículo 5.- Bienes afectados

5.1. La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.

5.2. También procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.

5.3. Asimismo, procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.

5.4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

Artículo 6.- De la obligación de informar sobre la existencia de bienes sujetos a la presente acción

6.1. El Fiscal, el Juez, el Procurador Público, el Notario Público, el Registrador Público, cualquier servidor o funcionario público o cualquier otra persona obligada por ley, especialmente las pertenecientes al sistema bancario y financiero que, en el ejercicio de sus actividades o funciones tome conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o

ganancias del delito, deberán informarlo al Ministerio Público, en un plazo no mayor de diez (10) días naturales de haber tomado conocimiento del hecho.

6.2. Se reservará la identidad de cualquier persona natural o jurídica que proporcione la información a que se refiere el numeral precedente, sin perjuicio de brindarle las medidas de protección adecuadas. El Ministerio Público emitirá las disposiciones reglamentarias pertinentes.

6.3. En el supuesto que la información proporcionada sea falsa, tendenciosa o con el propósito de ocasionar perjuicio, la persona natural o jurídica que proporcione la misma, asume las responsabilidades civiles, penales o administrativas correspondientes.

6.4. Las autoridades competentes, para efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo, podrán solicitar información a los Estados, organismos y entidades internacionales habilitados para este efecto por tratados o convenios de cooperación.

Artículo 7.- De la naturaleza del proceso

El proceso de pérdida de dominio materia de la presente norma, es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Se tramita como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro.

Artículo 8.- Normas aplicables

El proceso de pérdida de dominio se sujeta a las disposiciones del presente Decreto Legislativo. Supletoriamente se aplicarán las reglas del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 957, del Código de Procedimientos Penales, del Código Procesal Civil y demás normas pertinentes.

Artículo 9.- Del debido proceso

9.1. En el trámite previsto en la presente norma se garantiza el debido proceso, pudiendo quien se considere afectado, ejercer los derechos que la Constitución Política y las leyes le reconocen.

9.2. La carga de la prueba de la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal, según sea el caso, le corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de que la parte afectada acredite el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda.

Artículo 10.- De la competencia

10.1. El proceso será conocido en primera instancia por el Juez Especializado en lo Penal o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados o se descubran los objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados a cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 2 y en los supuestos de aplicación referidos en el artículo 4 del presente Decreto

Legislativo, quedando a salvo la asignación o determinación de competencias especializadas creadas por el Ministerio Público y el Poder Judicial. De haberse iniciado proceso penal relacionado a los delitos establecidos en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo y de existir en dicho lugar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio el Juez que conoce el proceso penal.

10.2. Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el Juez del distrito en donde se inicie la primera investigación a cargo del Ministerio Público.

10.3. Si con posterioridad al inicio del proceso de pérdida de dominio se toma conocimiento de la existencia de otros objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito vinculados al objeto de este proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el Juez que conoce la primera demanda.

10.4. La Sala Penal o Mixta del mismo Distrito Judicial en el que se tramitó la pérdida de dominio es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones susceptibles de impugnación conforme al presente Decreto Legislativo.

Artículo 11.- Del inicio de la investigación

El Fiscal inicia la investigación de pérdida de dominio de oficio o por comunicación de cualquiera de las personas o entidades mencionadas en el artículo 6 del presente Decreto Legislativo.

Artículo 12.- De las medidas cautelares

12.1. El Fiscal, de oficio o a pedido del Procurador Público, podrá solicitar al Juez competente las medidas cautelares que considere más adecuadas para garantizar la eficacia del proceso de pérdida de dominio sobre los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de los delitos señalados en el artículo 2 y en los supuestos del artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

12.2. En el caso de bienes inscribibles el Registrador público deberá inscribir la medida cautelar ordenada, bajo responsabilidad, sin perjuicio de que se disponga la asignación o utilización inmediata de los mismos, recurriendo a los mecanismos legales pertinentes en caso se encuentren ocupados. Tratándose de bienes no inscribibles, deberá observarse los criterios establecidos en el Código Procesal Civil.

12.3. En los supuestos previstos en el artículo 105 del Código Penal, cuando existan suficientes elementos probatorios que vinculen a la persona jurídica con la comisión del delito y cuando exista peligro de prolongación de sus efectos lesivos o de comisión de nuevos delitos de la misma clase o de entorpecimiento de la averiguación de la verdad, el Fiscal instará al Juez a dictar, según corresponda, la clausura temporal de sus locales o establecimientos, la

suspensión temporal de todas o algunas de sus actividades, el nombramiento de un administrador judicial o la vigilancia judicial de la persona jurídica.

12.4. La solicitud de medida cautelar deberá ser resuelta por el Juez dentro de las veinticuatro (24) horas de solicitada. De ser necesaria la inscripción de la medida deberá cursarse los partes judiciales en el mismo acto en el que se concede. Asimismo, se podrá solicitar al Juez la autorización para la disposición de los bienes perecibles o de otros, cuya custodia sea excesivamente onerosa o peligrosa.

12.5. Las medidas cautelares podrán solicitarse, concederse y ejecutarse incluso antes de poner en conocimiento de los posibles afectados el inicio de la investigación establecida en el artículo 11 del presente Decreto Legislativo. Las medidas dispuestas en el proceso penal mantendrán su eficacia hasta que el Juez del proceso de pérdida de dominio disponga lo pertinente.

12.6. La resolución judicial que concede las medidas cautelares es apelable dentro de los tres (3) días hábiles de notificada y la concesión del recurso impugnativo no tiene efecto suspensivo. La Sala debe fijar fecha para la vista de la causa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su elevación y absolver el grado en la misma audiencia. Excepcionalmente, cuando los hechos revistan especial complejidad, puede aplazarse el pronunciamiento hasta tres (3) días hábiles posteriores a la realización de la vista de la causa.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 093-2012-PCM (Reglamento), Arts. 12

Artículo 13.- Del proceso

13.1. Del desarrollo de la investigación preliminar

a) El Fiscal inicia la investigación preliminar mediante decisión debidamente motivada una vez que toma conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito conforme a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

b) El Fiscal en la investigación preliminar contará con la participación de la Policía Nacional del Perú a través de sus órganos especializados, así como de otras entidades públicas o privadas y con el auxilio de los peritos correspondientes.

c) Asimismo, el Fiscal podrá solicitar al Juez la adopción de las medidas cautelares que resulten adecuadas y el levantamiento del secreto bancario, el secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil.

d) La investigación preliminar se realiza en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles; excepcionalmente, mediante resolución motivada, podrá prorrogarse por un plazo igual.

13.2. De la conclusión de la investigación preliminar

Concluida la investigación preliminar, el Fiscal podrá:

a) Demandar ante el Juez competente la declaración de pérdida de dominio, adjuntando los medios probatorios pertinentes con copias suficientes para quienes deban ser notificados.

b) Archivar la investigación preliminar, decisión que podrá ser objeto de queja por el Procurador Público o el denunciante, de ser el caso, dentro de los cinco (5)días hábiles de notificada. El Fiscal Superior Penal conocerá de la queja interpuesta, debiendo pronunciarse dentro de los diez (10) días hábiles de recibidos los actuados, con conocimiento del Procurador Público o del denunciante, de ser el caso. De considerarla fundada, ordenará al Fiscal Provincial presentar la demanda de pérdida de dominio ante el Juez competente; en caso contrario, aprobará el archivo, lo que no constituye cosa juzgada material. Para efectos de iniciar una nueva investigación, al amparo del presente Decreto Legislativo, se requerirán nuevos elementos de prueba.

13.3. De la actuación judicial

Durante la tramitación del proceso se observarán las siguientes reglas:

a) Recibida la demanda de pérdida de dominio presentada por el Ministerio Público, el Juez dentro del plazo de tres (3) días hábiles, deberá expedir resolución debidamente fundamentada. En caso de advertir la ausencia de algún requisito formal la declarará inadmisible, concediendo un plazo de tres (3) días hábiles para la subsanación. Vencido dicho plazo, si no se subsana, se archiva la demanda. Contra la resolución que declara improcedente la demanda o el archivo de la misma, sólo procede el recurso de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

b) La resolución admisoria se notifica dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su expedición, personalmente y mediante publicaciones. La notificación personal se realizará mediante cédula a las personas que pudieran resultar directamente afectadas y figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios o de cualquier otra titularidad patrimonial, de conformidad con lo previsto en los artículos 160 y 161 del Código Procesal Civil. Se procederá a la publicación mediante edictos del auto admisorio de la demanda por tres (3) días naturales consecutivos en el Diario Oficial y en otro de amplia circulación de la localidad donde se encuentre el Juzgado.

A falta de diarios en la localidad donde se encuentre el Juzgado, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera y el edicto se fijará, además, en la tablilla del Juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión. El Juez podrá ordenar además que se publicite el objeto de la notificación mediante radiodifusión, por tres (3) días naturales consecutivos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en donde constará el texto del anuncio y los días y

horas en que se difundió. La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.

La notificación por edictos o radiodifusión tiene por objeto emplazar a todas las personas que se consideren con legítimo interés en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

c) El Juez procede a la designación de curador procesal cuando no se ha ubicado al destinatario de la notificación personal y ha transcurrido el plazo de diez (10) días naturales de haberse efectuado la última notificación. Cuando se trate de persona incierta o con domicilio desconocido, se observará el mismo procedimiento.

d) El presunto afectado o el curador procesal podrán absolver la demanda de pérdida de dominio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución admisoria, con los medios probatorios que a su derecho convenga.

e) Mediante auto motivado, el Juez admite los medios probatorios que estime pertinentes, conducentes y útiles ofrecidos por los sujetos procesales, señalando día y hora para la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, la que deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. La resolución que deniega la admisión de prueba podrá ser apelada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación, la que será concedida sin efecto suspensivo.

f) La audiencia referida en el literal e) debe realizarse en un solo acto, en el local del Juzgado y deberán actuarse los medios probatorios admitidos con participación directa del Juez, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando el caso revista especial complejidad, la referida audiencia podrá suspenderse y continuarse al día hábil siguiente.

g) Sólo la observación al dictamen pericial dispuesto por el juzgado, acompañada de dictamen pericial de parte, dará lugar a una Audiencia Complementaria de Actuación de Medios Probatorios, a realizarse en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de efectuada la primera audiencia.

h) Concluida la actuación de medios probatorios, en cualquiera de los casos a que se refieren los literales f) y g), el Fiscal, el Procurador Público, el curador procesal y los abogados de los presuntos afectados, en este orden, podrán presentar sus respectivos alegatos. Acto seguido, en la misma Audiencia, el Juez dictará sentencia. Excepcionalmente, cuando el caso revista especial complejidad, la expedición de la sentencia podrá suspenderse hasta por diez (10) días hábiles.

i) Contra la sentencia que declare la pérdida de dominio o la que la desestime, sólo procede recurso de apelación, el cual se interpone debidamente fundamentado dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. En el caso de expedirse la sentencia en el acto de la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios o en su complementaria, el afectado podrá presentar la apelación debidamente fundamentada dentro del mismo plazo.

j) La Sala debe fijar fecha para la vista de la causa dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su elevación y absolver el grado dentro de los quince (15) días hábiles de realizada la vista.

Artículo 14.- Nulidad

14.1. Los pedidos de nulidad que formulen las partes serán resueltos de inmediato, sin previo trámite, salvo que el Juez requiera información esencial para resolver, en cuyo caso correrá traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de un (1) día hábil. Con absolución o sin ella, el Juez deberá resolver al día hábil siguiente.
14.2. Si la nulidad es planteada en la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, será resuelta previo traslado en dicho acto a los demás sujetos procesales.
14.3. El Juez podrá declarar de oficio la nulidad, de existir vicios insubsanables; caso contrario convalidará, subsanará o integrará el acto procesal.
14.4. La resolución que resuelve un pedido de nulidad es recurrible dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación o, si es emitida en la misma audiencia, será recurrible en el mismo acto, sin efecto suspensivo.

Artículo 15.- De las excepciones
Las excepciones se presentan dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la demanda y son puestas en conocimiento de los sujetos procesales por el plazo de tres (3) días hábiles, para que expongan lo conveniente a su derecho. Las excepciones se resuelven en la sentencia.

Artículo 16.- De los terceros
Los terceros afectados podrán intervenir en el proceso ofreciendo los medios probatorios idóneos que acrediten fehacientemente el derecho invocado.

Artículo 17.- De los efectos de la sentencia

17.1. La sentencia que declara la pérdida de dominio y la extinción de los derechos o cualquier titularidad patrimonial y la cancelación de los gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien, dispondrá además su transferencia y/o titularidad en favor del Estado. Dicha resolución se inscribirá en el Registro Público respectivo.
17.2. La sentencia que desestime la demanda, en todo o en parte, dispondrá además el levantamiento o cancelación de las medidas cautelares dictadas o ejecutadas y la restitución del bien o de cualquier otra titularidad patrimonial o de su valor, más los intereses legales que correspondan, respecto del bien o los bienes liberados.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 093-2012-PCM (Reglamento), Art. 12 y T. IV

Artículo 18.- Subasta pública

Además de los supuestos de asignación o utilización temporal o definitiva, los bienes o derechos cuya titularidad se declara en favor del Estado podrán ser subastados públicamente dentro de los noventa (90) días naturales siguientes. El Reglamento del presente Decreto Legislativo determinará la forma y procedimientos de la subasta pública.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 093-2012-PCM (Reglamento), T. III

Artículo 19.- De la cooperación internacional

Los convenios internacionales de cooperación y asistencia legal o judicial, así como cualquier otro convenio internacional que regule la colaboración internacional en materia de decomiso y de localización, identificación, recuperación, repatriación y de pérdida o extinción del dominio de bienes, son aplicables a los casos previstos en el presente Decreto Legislativo. En esta materia, el Estado podrá celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación para facilitar la administración de bienes.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Prioridad para la incautación o decomiso

El Juez, a pedido del Fiscal o del Procurador Público, bajo responsabilidad y con carácter prioritario, atendiendo a la naturaleza del proceso de pérdida de dominio que este Decreto Legislativo establece, determinará, cuando corresponda, la incautación o decomiso de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, asegurando su titularidad en favor del Estado para evitar su uso indebido o ilícito.

"Cuando se trate la incautación de vehículos, la asignación definitiva a que se refiere el artículo 16 del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1104 aprobado por Decreto Supremo Nº 093-2012-PCM, como primera prioridad, será en favor de la Policía Nacional del Perú."(*)

(*) Último párrafo incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1230, publicado el 25 septiembre 2015.

Segunda.- Creación de la CONABI

Créase la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, arrendamiento, asignación en uso temporal o definitiva, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado correspondientes al presente

Decreto Legislativo, así como los contemplados en las normas ordinarias o especiales sobre la materia.

Para el cumplimiento de sus funciones la CONABI puede disponer del concurso y colaboración de todas las entidades del Poder Ejecutivo y demás organismos del sector público en los ámbitos nacional, regional y local, incluidas las empresas del Estado, los que no pueden negar su cooperación para la custodia, administración y conservación temporal de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito conforme a lo dispuesto por este Decreto Legislativo y las demás normas ordinarias o especiales.

CONCORDANCIAS: D.S.Nº 093-2012-PCM (Reglamento), Arts. 7, 11 y Tercera Disp. Comp. Final

R.M.N° 102-2016-PCM (Definen como entidad pública Tipo B de la Presidencia del Consejo de Ministros a la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI)

Cuarta.- Funciones de la CONABI

Son funciones de la CONABI las siguientes:

a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

b) Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

Sexta.- Facultades de la CONABI para subasta y liquidación de objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado

6.1. Determinada la responsabilidad penal del imputado por sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada conforme a la normatividad ordinaria de la materia y, en su caso, producida la pérdida de dominio de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito conforme al presente Decreto Legislativo, la CONABI procederá a la subasta pública de los bienes, dando cuenta al Juez.

6.2. Dicha entidad también está autorizada a subastar antes de la conclusión del proceso, los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados que por su naturaleza o características puedan ser objeto de pérdida o deterioro, así como cuando el valor de su custodia o conservación sea muy oneroso. En estos supuestos, se procede a la valorización o tasación de los bienes y efectos y se producirá la subasta pública

de los mismos, dando cuenta al Juez. En caso se absuelva judicialmente a los imputados, la CONABI procede a la devolución del monto de la subasta, así como al pago de los intereses legales generados desde la fecha de su tasación.

6.4. La subasta levanta los gravámenes, cargas o derechos de uso o disfrute, arrendamientos o contratos de opción y demás actos que se hayan anotado o inscrito, disponiéndose la entrega inmediata del bien a su adjudicatario luego de suscrita la documentación correspondiente, siendo de aplicación supletoria el Código Procesal Civil y otras normas que resulten pertinentes.

6.5. Queda prohibida toda anotación o inscripción de actos o contratos con posterioridad a la medida de incautación o decomiso ordenada por la autoridad judicial, quedando la partida registral bloqueada.

Duodécima.- Glosario

Para efectos del presente Decreto Legislativo se considera:

a) Objeto del delito: bienes muebles o inmuebles sobre los que recae la acción delictiva.

b) Instrumentos del delito: Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito.

c) Efectos del delito: Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva.

d) Ganancias del delito: Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir, los frutos o rentas de éste.

e) Subasta pública: procedimiento administrativo, regido por los principios de transparencia, competitividad y legalidad, destinado a adjudicar en arrendamiento o en venta los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, a fin de garantizar la mejor opción a favor del Estado.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.- Competencia funcional para el proceso de pérdida de dominio

En los Distritos Judiciales en los que se encuentre vigente el Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo Nº 957, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio en primera instancia, el Fiscal Provincial Penal así como el Juez de la Investigación Preparatoria. En aquellos lugares donde aún no se encuentre vigente dicho Código Procesal, será competente el Fiscal Provincial Penal o Mixto y el Juez Especializado Penal o Mixto, según corresponda.

Tercera.- Normas de adecuación

Las investigaciones preliminares y los procesos sobre pérdida de dominio que se encuentren en trámite, así como las incautaciones o decomisos efectuados en el marco de los procesos especiales, se adecuarán a lo dispuesto por el presente Decreto Legislativo y, asimismo, se ajustarán en cuanto corresponda a las competencias de CONABI.

Sétima.- Vigencia de las normas sobre incautación y decomiso

El presente Decreto Legislativo y lo que dispuso durante su vigencia el Decreto Legislativo Nº 992, modificado por la Ley Nº 29212, no dejan sin efecto la vigencia de las demás normas previstas en el ordenamiento jurídico que regulan la incautación y el decomiso, las mismas que resultan plenamente aplicables.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única.- Modificación del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo Nº 957

Incorpórese el numeral 4 al artículo 223 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 957, en los términos siguientes:

"**Artículo 223.- Remate o subasta del bien incautado**

(…)

4. Cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos cuya titularidad haya sido declarada a favor del Estado mediante un proceso de pérdida de dominio y en los casos de incautación o decomiso de bienes, efectos o ganancias establecidos en las normas ordinarias por la comisión de delitos en agravio del Estado, la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI procederá a la subasta, en la forma y procedimiento establecido por la normatividad de la materia. El producto de esta subasta pública se destinará preferentemente a la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado, conforme al Reglamento de la materia".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Disposición derogatoria

Deróguese el Decreto Legislativo Nº 992, Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio, modificado por la Ley Nº 29212; la Ley Nº 28476, el artículo 6 de la Ley Nº 28635; los artículos 69, 78, 79, 80 y 81 del Decreto Ley Nº 22095 y las demás normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de abril del año 2012 doce.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

D.S. No. 093-2012-OCM

Reglamento del D. Leg. 1104

REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1104 - DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEGISLACIÓN SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO

D.S. No. 093-2012-OCM

(VIGENTE DESDE 09 DE SETIEMBRE DE 2012

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I
GENERALIDADES

Artículo 1.- Objeto

La presente norma tiene por objeto reglamentar el Decreto Legislativo Nº 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

El presente Reglamento es de observancia obligatoria para todos los sujetos y entidades mencionados en el Decreto Legislativo Nº1104 y los intervinientes en el proceso de pérdida de dominio, incautación y decomiso de bienes, conforme a los alcances del referido Decreto Legislativo y las normas ordinarias o especiales sobre la materia; así como para aquellos involucrados en la administración y disposición de bienes incautados, decomisados y declarados en pérdida de dominio.

Artículo 3.- Terminología

Para fines de la aplicación del Decreto Legislativo Nº1104 y del presente Reglamento, se entenderá también por “Efectos” a los bienes o activos que se obtienen como producto directo de la actividad delictiva, incluyendo las mercancías materia del delito de contrabando y defraudación tributaria.

Asimismo, se entenderá también por “Ganancias” a los efectos mediatos del delito; esto es, los bienes, derechos, títulos, objetos o cualquier provecho patrimonial o económico obtenidos como producto indirecto de la actividad delictiva, incluidos los que provienen de actos lícitos realizados sobre los efectos del delito.

De otro lado, se entenderá por “Incautación” a la medida cautelar que puede disponerse sobre los instrumentos, efectos, ganancias del delito y los demás bienes y activos establecidos por Ley, con la finalidad de garantizar la posterior declaración de pérdida de dominio en la sentencia correspondiente.

Finalmente, se entenderá por “Decomiso” a la privación o pérdida de los instrumentos, efectos, ganancias del delito y los demás bienes y activos establecidos por Ley, y la consecuente declaración de titularidad sobre los mismos a favor del Estado, decidida por el Juez en el proceso penal.

CAPÍTULO II

PÉRDIDA DE DOMINIO

Artículo 4.- Del dominio de los bienes

Para efectos de la aplicación de la legislación sobre pérdida de dominio, deberá considerarse que el dominio sobre bienes, derechos y/o títulos solo puede adquirirse a través de mecanismos compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, y solo a aquellos se extiende la protección que este brinda. Asimismo, detentar o poseer los bienes o activos obtenidos ilícitamente y sus efectos mediatos no constituyen justo título, salvo en el caso del tercer adquiriente de buena fe y a título oneroso.

Artículo 5.- De la titularidad de la acción

El Fiscal es el titular de la acción de pérdida de dominio, para la cual iniciará la investigación preliminar correspondiente y la instará ante el órgano jurisdiccional. El Ministerio Público y, en su caso, el Poder Judicial asignarán o determinarán competencias especializadas para el conocimiento de las investigaciones y procesos de pérdida de dominio.

Artículo 6.- De la incautación en el proceso de pérdida de dominio

El Juez a pedido del Fiscal o del Procurador Público, bajo responsabilidad y con carácter prioritario dictará la medida cautelar de incautación correspondiente, sin perjuicio de que pueda disponerse otras medidas que resulten eficaces y eficientes para cautelar los bienes sometidos al proceso de pérdida de dominio.

TÍTULO III
DE LA SUBASTA PÚBLICA

CAPÍTULO I
GENERALIDADES

Artículo 20.- Subasta pública

La subasta pública es el procedimiento administrativo, regido por los principios de transparencia, competitividad y legalidad, destinado a otorgar en venta o arrendamiento los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito a que se refiere el Decreto Legislativo Nº 1104 y el presente reglamento.

Artículo 21.- Modalidades de la subasta

La subasta pública se podrá realizar bajo las modalidades de sistema a viva voz, sistema a sobre cerrado o sistema mixto. Prevalece la oferta de mayor valor al precio base del bien subastado.

En el sistema mixto, la oferta propuesta en sobre cerrado no priva al postor de su derecho de formular ofertas a viva voz.

Artículo 22.- Plazo

Los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito cuya titularidad sea declarada por resolución judicial firme o ejecutoriada en favor del Estado, serán vendidos o arrendados en subasta pública dentro de los noventa (90) días naturales, computados a partir del acuerdo de subasta que, en cada caso, adopte el Consejo Directivo de la CONABI.

Artículo 28.- De la cargas y gravámenes

La existencia de cargas y gravámenes que afecten a los bienes incautados o decomisados, no limita su libre disposición o venta por la CONABI, las cuales obligatoriamente figurarán en las bases administrativas.

Conforme a lo dispuesto en el numeral 6.4 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1104, cancelado el precio de venta, se levantarán todos los gravámenes, cargas, medidas cautelares y demás actos que pesen sobre el bien, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención de acreedores garantizados con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. La CONABI gestionará la transferencia y levantamiento ante cualquier entidad registral a nivel nacional.

Tratándose de la venta de bienes que garanticen obligaciones de terceros, se deberá considerar los derechos reales de garantía inscritos sobre los mismos, evaluando el pago de tales créditos de conformidad con lo establecido por la Comisión.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

D. Leg. 1106

Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado

(PUBLICADA EL 19 DE ABRIL DE 2012 ➔ VIGENTE DESDE 19 DE JUNIO DE 2012)

Artículo 8.- Consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas

Si los delitos contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del presente Decreto Legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:

1. Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias.
2. Clausura definitiva de locales o establecimientos.
3. Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.
4. Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
5. Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
6. Disolución de la persona jurídica.

Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años.

El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas.

Artículo 9.- Decomiso

En todos los casos el Juez resolverá la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a lo previsto en el artículo 102 del Código Penal.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Segunda.- Destino de bienes incautados o decomisados

La administración del dinero, bienes, efectos o ganancias ilegales que hayan sido incautados por los delitos previstos en el presente Decreto Legislativo se adecuará a lo establecido en las disposiciones sobre la materia previstas en la legislación vigente.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.- Vigencia

El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, con excepción de la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria que entrará en vigencia a los 60 días naturales.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Ley 30077

Ley Contra el crimen organizado

LEY Nº 30077 LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

(vigente desde el 1° de julio de 2014)

CAPÍTULO IV
INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Artículo 17. Procedencia

En todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, según lo previsto por la presente Ley, la Policía Nacional del Perú no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darse cuenta inmediata de su ejecución al fiscal.

Artículo 18. Proceso de pérdida de dominio

Son de aplicación las reglas y el procedimiento del proceso de pérdida de dominio para los bienes señalados en el anterior artículo, siempre que se presente uno o más de los supuestos previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

Artículo 19. Administración y custodia de los bienes de carácter delictivo

1. El fiscal o la Policía Nacional del Perú ejercen sus funciones de conformidad con las normas y los reglamentos que garantizan la seguridad, conservación, seguimiento y control de la cadena de custodia de los bienes señalados en el artículo 17 de la presente Ley.

2. Para los efectos de recepción, registro, calificación, conservación, administración y disposición de los bienes a que hace referencia el artículo 17 de la presente Ley, asume competencia la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1104, siempre que dichos bienes provengan de los delitos en agravio del patrimonio del Estado.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Código Procesal Penal

Artículo 316

CODIGO PROCESAL PENAL DE 2004

TÍTULO X

LA INCAUTACIÓN

Artículo 316 Objeto de la incautación.-

1. Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público.

2. Acto seguido, el Fiscal requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá, sin trámite alguno, en el plazo de dos días.

3. En todo caso, para dictar la medida se tendrá en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116

ACUERDO PLENARIO N° 5–2010/CJ–116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: INCAUTACIÓN

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165–2010–P–PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.
En la primera fase —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.
En la segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.
Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

3°. En cuanto al tema en debate: "la incautación", informaron oralmente los señores Alcides Mario Chinchay Castillo —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal— y Víctor Burgos Mariño —en representación del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad—.

4° La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5°. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6°. La deliberación y votación del tema "la incautación" se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.
Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Aspectos generales. Objeto de la incautación.*

7°. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos —propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos— (artículos 218° al 223° del Nuevo Código Procesal Penal —en adelante, NCPP—), y como medida de coerción —con una típica función cautelar— (artículos 316° al 320° del NCPP)—. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.
En el primer caso, su función es primordialmente conservativa —de aseguramiento de fuentes de prueba material— y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.
Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes —pueden cumplir funciones similares—, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102° del Código Penal —en adelante, CP—.

8°. La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra **(i)** los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra **(ii)** las cosas que se relacionen con el delito o

que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito.

En estricto sentido se entiende por;

A. 'Cuerpo del delito', además de la persona —el cadáver en el delito de homicidio—comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos —la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas—.

B. Las 'cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las 'piezas de ejecución': medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas 'piezas de convicción': cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

9°. La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

B. Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).

10°. Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse —privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal— cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible —asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba—.

Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la

causa —específicamente, de la investigación— al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

§ 2. *Régimen de la incautación.*

11°. La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

A. En los casos de flagrancia delictiva —en las modalidades reconocidas por el artículo 259° NCPP— o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia —se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito— y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.

B. Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria —en especial durante las denominadas "primeras diligencias"— requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina "peligro por la demora", en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad —obstrucción de la investigación y del proceso en general— y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera —la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis—.

C. Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317° NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.

12°. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa —el Juez tiene aquí la primera palabra—, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una

resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial—fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno —el mismo día o a más tardar al día siguiente—, salvo norma específica al respecto (artículos 203° y 254°.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida —si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva—. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

§ 3. *Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales.*

13°. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución —excepción, parágrafo 10°, literal c)— o después de ella —regla general, parágrafo 10°, literales a) y b)—. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto —de nulidad absoluta e insubsanabilidad—, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse 'inmediatamente' (artículo 203°.3 y 317°.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial —al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación— no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación —sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso—. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad —requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes—.

14°. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

§ 4. *Reexamen de la incautación.*

15°. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319°.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente —no la que puede aportar con posterioridad a la incautación— puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó.

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° a 15°.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias

judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

19°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116

ACUERDO PLENARIO N° 3–2010/CJ–116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.—

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165–2010–P–PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, LOPJ—, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.
En la primera fase —determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario— los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.
En la segunda fase, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.
Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

3°. En cuanto al tema en debate: "el delito de lavado de activos", informaron oralmente los juristas María del Carmen García Cantizano —en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal—, Miguel Antonio Fallo Rosado —en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo— y Eloy Zeballos Solano —en representación del Colegio de Abogados de Lima—.

4°. La tercera fase del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.

5°. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

6°. La deliberación y votación del tema el delito de Lavado de Activos se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.
Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga, con la participación del señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos.*

7°. Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley N° 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296° A y 296° B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar en este Acuerdo Plenario.
Es frecuente en la doctrina y en el derecho penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país.
Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el derecho penal español

inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (Artículos 301° a 304°) en el Titulo XIII del Código Penal de 1995 sobre "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico". En ese contexto, GOMEZ INIESTA destaca la potencialidad negativa del blanqueo la cual *"reside en la desestabilización del mercado y de la economía"* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. CEDECS Editorial. Barcelona. 1996, p. 34]. Por su parte, otros autores, como DEL CARPIO DELGADO, rechazan tal calificación por lo difuso y omnicomprensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconónomico, demandando, en cambio, mayor concreción y relación directa o funcional de aquél con la operatividad del blanqueo de capitales: *"En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Titulo XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, que elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes"* [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p.81].

8°. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (Artículos 323° a 325° del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO: *"...es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica"* [Cfr. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. El lavado de Activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.94].

Incluso en otros sistemas jurídicos, donde se ubica al delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar la protección de bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido LANGON CUÑARRO, comentando la legislación uruguaya de la materia, señala: *"Se ha discutido intensamente sobre cual es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a*

considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación) o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda públicas (Título IX del C.P.), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que si afectan la salud pública" [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 272].

9°. Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia "estables" y en "crecimiento", de las economías de los países que operan como "paraísos fiscales o financieros". Efectivamente, como destacan algunos autores: *"el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo"* [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Ob. Cit., ps. 79 y 80].

10°. Otro sector, cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se inclina por señalar al lavado de activos como un delito que atenta contra el bien jurídico administración de justicia. Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue BOTTKE, para esta opción: *"El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de producta et instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal"* [Cfr. WIFRIED BOTTKE. Mercado, criminalidad

organizada y blanqueo de dinero en Alemania., en Revista Penal N° 2. Julio 1998, p. 12]. En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario de deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes [Cfr. Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra..MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO].

Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito. Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [Cfr. ALBERTO NÉSTOR CAFETZOGLUS. Delitos con Drogas. Ed. Centro Norte. Buenos Aires. 1991, p. 81]. Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano [Cfr. Artículos 648° *bis* y 648° *ter*]. Sin embargo, lo lineal y convencional del enfoque político–criminal que sustenta a esta posición, no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma FABIAN CAPARROS, tales conductas no están dirigidas únicamente *" a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente"* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Colex. Madrid. 1998, p. 262]. Ahora bien, en referencia al derecho penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, también debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 405º del Código Penal. Según esta disposición:*"El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años"*. Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la Congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional.

11°. Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos, hoy en día

es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultanea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy caracterizados como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que *"No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato"* [Cfr. JAVIER ZARAGOZA AGUADO. El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales. CICAD–DEVIDA. Lima. Setiembre de 2002. p, 12]. Por su parte, FABIAN CAPARROS también pone de relieve las bondades funcionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: *"Con toda probabilidad, las conductas del reciclaje inciden negativamente —si bien en diferente medida— sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva"* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit. , p. 238].

12°. Los autores nacionales al comentar la Ley 27765, asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos. Por ejemplo, BRAMONT–ARIAS TORRES destaca lo siguiente: *"Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos"* [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT– ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521]. En términos semejantes se pronuncia GÁLVEZ VILLEGAS: *"Estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país —y de la comunidad internacional—, ya que trastocan el orden económico–financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política económica estatales"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p .xv]. No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: *" Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las*

organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político–criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas" [Cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, ps. 65 y 66].

Por su parte, GARCÍA CAVERO, desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: *"la expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del trafico jurídico–patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.490].

13°. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultaneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico–financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que

justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, ps. 93 y 94].

14°. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o participes, del delito que genero el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el *modus operandi* de tal ilícito. Por lo demás ella no se adecua a la forma como se ha regulado en la Ley 27765 tal infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6° *in fine* expresamente se reconoce tal posibilidad ("También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias").

§ 2. *La consumación en el delito de lavado de activos.*

15°. Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen , o su incautación o decomiso. Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, GARCÍA CAVERO precisa que: *"El artículo 16° del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización*

dolosa del delito de lavado de activos" [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob.Cit., p. 512]. La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: *"Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa"* [Cfr. MIGUEL LANGON CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Ob. Cit., p. 275]. Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67].

16°. Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1° de la Ley 27765 constituyen modalidades de delitos instantáneos. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2° como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, cabe distinguir que los actos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional que también se incluyen en el artículo 2°, desde la vigencia del Decreto Legislativo 982, debido a su operatividad ejecutiva deben ser apreciados como delitos de consumación instantánea.

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia practica para resolver problemas relacionados con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación post consumativa. Por tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor LUIS BRAMONT ARIAS: *"Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo...la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completo la consumación, momento...tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a*

responsabilidad por encubrimiento" [Cfr. LUIS A. BRAMONT ARIAS. Derecho Penal. Tercera Edición. Imprenta Vilok. Lima. 1978, ps. 290 y 291].

§ 3. *El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos.*

17°. En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual.
El sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.

18°. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.

19°. En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal "puede presumir". Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: *"un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. ps.510 y 511]. Como afirma GALVEZ VILLEGAS: *".... siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del art. 12° del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 60 y 61]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD – OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión "debiendo saber". En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2° del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD–OEA, estipula lo siguiente: *"Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los*

estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico [Cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/d., p. 2].

20°. El texto original de los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba específicamente la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, pues, además de dolo, que el agente persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía como "evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso". Esta fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza frecuentes en la conducta de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: *"La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 62]. En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo también son utilizados regularmente para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia.(encubrimiento real). Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72° de la Ley costarricense 7786 de 1998 , el artículo 400° bis del Código Penal mexicano y el artículo 301°.1 del Código Penal español.

21°. La ley 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo 986, demandaba que juto al proceder doloso del agente estuviera presente, siempre, una preordenación subjetiva orientada a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica del delito bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización dolosa de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo FABIAN CAPARROS: *"No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta— esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales—, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda— actuar con el fin de ocultar el origen*

ilícito de los bienes—, no siendo preciso que se materialice objetivamente un resultado— el efectivo encubrimiento— que es independiente de la actuación del sujeto activo" [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit. , ps. 343 y 344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

22°. El Decreto Legislativo 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos 1° y 2° requieren de un dolo que abarque también tal resultado como concreción objetiva del tipo. Por tanto el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que, como resultado, dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. Como bien anota GARCÍA CAVERO: *"...el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación ,incautación o decomiso"* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., ps.510 y 511].

23°. En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo. Sobre este particular, DIEZ RIPOLLES ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce *"la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito"* [Cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. ED. Tecnos. Madrid. 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los a contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios standard. Esto es, a los servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.). El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que

son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, RAGUÉS y VALLÉS advierte lo siguiente: *"La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas standard). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave"* [Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 624].

24°. Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios standard o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRIGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se límite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: *"La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales"* [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122].

25°. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Autores nacionales como GALVEZ VILLEGAS comparten tal posición: *" no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado"* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal N° 1. Noviembre de 2003, p.82]. BRAMONT–ARIAS TORRES también suscribe esta tesis: *"En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el*

tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas" [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT–ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 526].

26°. Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios standard o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS I VALLÉS: *"El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito"* [Cfr. Ramón Ragués Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 647].

27°. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194° del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGLUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta *"sensiblemente más amplio ya que capta toda*

intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro" [Cfr. Delitos con Drogas. Ob. cit., p. 81]. Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado en igual sentido lo siguiente: *"Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital"* [Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA. O Blanqueamiento de Capitais. Separata. Jornadas de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20].

Posición similar expresa en la doctrina española GOMEZ INIESTA: *"En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con propósito de enriquecimiento"* [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. El delito de blanqueo de Capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58].

§ 4. *El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena.*

28°. Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278° del Código Penal de aquel país establece: *"Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos ($/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí"*.

29°. No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46° del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3° del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria). Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar

el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso.

§ 5. *El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos.*

30°. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados "delitos fuente" han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares —obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada— que generen ganancias ilegales —su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso—, con excepción del delito de receptación—. Así consta en el artículo 6° de la Ley de lavado de activos —modificada por el Decreto Legislativo número 986, del 22 de julio de 2007—.

31°. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la Ley Penal contra el Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo —objeto material del delito—, que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.
Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste —el dolo— ha de ser antecedente o concurrente en la acción.
Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar: la determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias, y el conocimiento de su origen ilícito.

32°. Respecto de lo primero, el artículo 6° de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado.
El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal —como tal debe ser abarcado por el dolo— y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal

abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva.

33°. La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria —no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa—. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida —a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas— de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912–2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1–2006/ESV–22, del 13 de octubre de 2006).

Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Como presupuestos generales —materiales y formales— en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:

A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados —de modo que se refuercen entre sí—.

B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].

C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe **(i)** detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como **(ii)** sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].

34°. Desde luego no posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos —gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento—, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

Así:

A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.

B. Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testaferros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testaferro, etcétera.

C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

D. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios —tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen—.

E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión —contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción— ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.

35°. El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo —lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución—; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves —las previstas en el artículo 6° de la Ley— o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.

El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede "*...inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*" (artículo 6°, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3°.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave —de las indicadas en el citado artículo 6° de la Ley— que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo.

Salvo la confesión —muy inusual en estos casos, aunque no imposible—, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Éstos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el parágrafo anterior.

§ 6. *El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera.*

36°. La Ley número 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio de 2007, creo la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú —en adelante, UIF–Perú—. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones —en adelante, SBS— encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF–Perú se tiene: **(i)** solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones; **(ii)** como solicitar, recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y **(iii)** comunicar al Ministerio Público

aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.
Según el artículo 10°–A de la Ley número 28306 el denominado 'Reporte de Operaciones Sospechosas' es un documento de trabajo de la UIF–Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presume haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

37°. La UIF–Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF–Perú, ésta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que puedan estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El Informe de la UIF–Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno.
Según el artículo 13°.2 del Reglamento de la Ley que crea la UIF–Perú, aprobado por Decreto Supremo número 018–2006–JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina "Informe de Inteligencia". Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia.

38°. La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13°.2 del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni como medio probatorio, salvo que la UIF–Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF–Perú sólo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución par constar en ellos.
Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información —los anexos—, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF–Perú.

Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional —en la medida en que así lo decida el UIF–Perú—; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración.

III. DECISIÓN

39°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

40°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7° a 38°.

41°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

42°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY

21-1666

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARIA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Casación N° 136-2015-Cusco

documentos falsos se efectuó en fechas diferentes , así, el 01-07-2011 conforme el Acta N° 953-2011 el imputado Huamán Puértolas presentó a la entidad –Electro Puno S.A.A.- cinco documentos conteniendo la firma falsificada de Maritza Victoria Flores Catacora; asimismo, con posterioridad el 04-07-2011 nuevamente el citado imputado presentó ante la misma entidad otro documento con la firma falsificada de Flores Catacora.

Décimo Octavo: Conforme los señalado se tiene que en el caso concreto existe un solo sujeto activo, el imputado Roberto Huamán Puértolas, las acciones ilícitas, tipificadas como uso de documento falso, se suscitaron en dos oportunidades, la primera el 01-07-2011 y la otra el 04-07-2011, ambas conductas ilícitas pueden ser consideradas como delitos independientes; sin embargo, se debe atender que se sucintaron en el marco de una sola resolución criminal, y ello se demuestra puesto que ambas acciones ilícitas se cometieron en contra de los mismo agraviados –Electro Puno S.A.A. y Maritza Flores Catacora. Así, se debe confirma también el extremo de la resolución recurrida que considera que en el caso concreto se genera un delito continuado de falsificación –modalidad uso-.

Décimo Noveno: Queda por verificar si como se afirma en la resolución recurrida en el caso concreto se presenta un supuesto de delito masa. Atendiendo a lo señalado en el apartado de considerandos jurídicos, se tiene que el delito masa es una agravante del pre existente delito continuado. El delito masa busca agravar la pena en aquellos casos de delito continuado donde exista una pluralidad de sujetos pasivos que hayan sido perjudicados; debiendo entender por esta pluralidad a un número de agraviados superior a dos personas –naturales o jurídicas-. En el caso concreto, el delito de uso de documento privado falso agravió a Electro Puno –ante quien se presentó la documentación falsa- y a Maritza Flores Catacora –de quien falsificaron la firma-. Advirtiendo, que el número de agraviados no configura el supuesto de los denominados delitos masa –que aluden a más personas, por ejemplo en supuestos de fraudes financieros, o falsificaciones documentarias en cadenas-; por lo que, en el caso concreto no cabe el aumento de pena.

Vigésimo: Determinación Judicial de la Pena.- Ante lo dicho, en el caso concreto a efectos de imponer el *quantum* de pena solo se deberá considera como agravante la existencia de un delito continuado, que exige por ley que la pena a imponer sea la más grave del delito imputado; en ese sentido, el delito de uso de documento privado falso, en nuestro ordenamiento señala una pena máxima de 4 años de pena privativa de libertad. Considerando dicha pena proporcional al daños generado, y adecuada a los fines constitucionales de la pena.

IV. Decisión:

Por estos fundamentos declararon:

I. **FUNDADO EN PARTE** el recurso de casación

II. **CASARON** la sentencia de vista del 27 de setiembre de 2016, **SIN REENVIO** y actuando en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia en el extremo que condenó a Roberto Huamán Puértolas como autor del delito contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos –modalidad uso de documento privado faso- tipificado en el segundo párrafo del artículo 427 concordado con el primer párrafo del Código Penal en agravio de Electro Puno S.A.A y Maritza Flores Catacora. **REVOCARON** el extremo que impone al citado imputado la pena privativa de libertad efectiva de 4 años, 5 meses y 2 días en función a la parte in fine del artículo 49 del CPP –delito masa-; **REFORMANDOLE** impusieron a Roberto Huamán Puértolas la pena privativa de libertad de 4 años con carácter suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años; para tal efecto, **DISPUSIERON** para dicho condenado, el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: ***a)*** Deberá comparecer personal y obligatoriamente a informar y justificar sus actividades ante el juez cada 2 meses, ***b)*** Los demás deberes adecuados a la rehabilitación del agente, siempre que no atente contra la dignidad del condenado; de conformidad con lo que establece el artículo 58 del Código penal. Con lo demás que contiene.

III. **ORDENARON** que se suspenda las órdenes de captura impartidas en su contra.

IV. **ESTABLECIERON** como **Doctrina jurisprudencial** el fundamento jurídico N° **Decimo, Décimo Segundo** y **décimo Tercero** que refiere que a efectos de la configuración del delito de falsificación de documentos –artículo 427 del CPP- no se exige la materialización de un perjuicio, siendo suficiente que este sea potencial.

V. **MANDARON** su publicación en el diario oficial "El Peruano" y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.

VI. **ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

J-1553946-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N.° 136-2015
CUSCO

Sumilla: La cosa decidida por el Ministerio Público siempre que el bien no sea intrínsecamente delictivo, autoriza que se devuelva a su propietario; si no lo hace, solicitarle al Fiscal que lo haga y en caso negativo, al Juez de Investigación Preparatoria para un control de legalidad.

Lima, cuatro de abril de dos mil diecisiete.

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, contra el Auto de Vista, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, obrante a fojas ciento cincuenta y nueve, del diecinueve de diciembre del dos mil catorce, que confirmó la Resolución N°03 de primera instancia del veintiocho de octubre de dos mil catorce, que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros y ordenó que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco, devuelva en el día el vehículo motorizado materia de autos a su propietario Eriks Franklin Andía Peceros.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

PRIMERO: En la Carpeta N°674-2014, la Tercera Fiscalía Penal Corporativa del Cusco emite Disposición número uno, del trece de mayo de dos mil catorce, disponiendo que no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Eriks Franklin Andía Peceros, Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, por el delito de Contrabando, en agravio del Estado Peruano, representado por Aduanas Cusco, ordenándose el Archivo de lo investigado. Las diligencias preliminares de esta carpeta se generaron en mérito a la comunicación que realizara la Intendencia de Aduanas Cusco, mediante Oficio Nro. 234-2014-SUNAT-3R000, indicando que el 02 de mayo del 2014 personal de la Policía Nacional del Perú, adscrita a la DEPROVE-CUSCO, se constituyó al grifo Santa Elena, ubicado en la Vía de Evitamiento del Distrito de San Jerónimo, Cusco, interviniendo el vehículo de placa de rodaje V3J-838, año de fabricación

1990, con número de serie YV2H2B4CXLA347210, que se encontraba estacionado, y advirtiendo que tenía número de chasis re-grabado, fue trasladado a la Comisaría de Wanchaq; personal de Aduanas Cusco, procedió a incautarlo mediante Acta de Inmovilización – Incautación Nro. 190-0301-000088. Diligencia en la cual el intervenido Eriks Franklin Andía Peceros entrega copia de la Disposición N°253-2010-MP-PFSPS-C, emitido por la Primera Fiscalía Superior Penal del Cusco, dentro de la Carpeta Fiscal N°1036-2010 que confirmó en segunda instancia el archivamiento por los delitos de falsedad genérica y contrabando en contra de sus progenitores Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable.

SEGUNDO. La Tercera Fiscalía Penal Corporativa del Cusco solicitó a la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco, copias certificadas de la Carpeta Fiscal N° 1036-2010, advirtiéndose que:

I. **i.a)** Dicha investigación, es el resultado de una intervención realizada por la DEPROVE-CUSCO, en fecha 10 de julio del año 2010, al vehículo camión, marca volvo con placa de rodaje V3J-838, que era conducido por Eriks Franklin Andía Peceros, en inmediaciones de la Vía Expresa del Distrito de San Sebastián ,provincia, departamento de Cusco, por lo que se apertura investigación por el delito de Falsedad Genérica y Contrabando en contra de los propietarios del Vehículo Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, practicándose diversas diligencias, como: a) Recepcionar las declaraciones de los citados imputados; b) Recibir documentos de Registros Públicos; c) Pericias, y otras; **i.b)** Sobre la base de estos elementos de convicción, se analizó la situación del vehículo camión, marca volvo con placa de rodaje V3J-838, año de fabricación 1990, con número de serie YV2H2B4CXLA347210, número de serie re-grabado, y copias certificadas emitidas por la Oficina de Registros Públicos, llegando a concluir que no se cometieron los delitos de Contrabando ni de Falsedad Genérica emitiéndose Disposición de Archivamiento Definitivo N°02-2010-2FPPCC, de fecha 20 de setiembre de 2010.

II. El Procurador Público de la Superintendencia de Administración Tributaria, requiere al Fiscal Provincial eleve las actuaciones al Fiscal Superior, exponiendo los argumentos de su disconformidad, a fin que sea revisada.

III. Con fecha 13 de octubre del 2010, la Primera Fiscalía Superior del Cusco, emite la Disposición N°253-2010-MP-PFSPA-C, que analiza la Disposición de Archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco y los fundamentos de la disconformidad, realizada por la Superintendencia de Administración Tributaria, declarando infundada, confirmando el archivamiento; concordando con que no existe el delito de Contrabando y Falsedad.

TERCERO. La Disposición Fiscal del 13 de mayo del 2014 que declaró que no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Eriks Franklin Andía Peceros, Juan Andía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, por el delito de Contrabando en agravio del Estado, citada en el primer considerando de esta sentencia, fue objeto de disconformidad por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, que fue resuelto mediante **Disposición N°203-2014**, del veintiocho de mayo del dos mil catorce, donde la Fiscalía Superior Penal del Cusco, la declara Infundada, en consecuencia se Aprueba.

CUARTO. En la Disposición Fiscal N°203-2014 se hace expresa mención en el Considerando séptimo, que la entidad recurrente tiene derecho a formular nueva denuncia, a mérito de lo cual, con fecha trece de junio de 2014 lo hace generando la Carpeta Fiscal N°892-2014, y que mediante Disposición N°02 se derivan los actuados de la investigación a la Fiscalía Provincial Penal de Turno de Arequipa, donde se viene realizando esto.

QUINTO. En Audiencia Pública de Reexamen de Confirmatoria Judicial de Incautación del veintitrés de octubre de dos mil catorce, cuya acta obra a fojas cincuenta y dos del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, la defensa del investigado Eriks Franklin Andía Peceros procede a realizar su requerimiento de conformidad a lo establecido por el inciso 2 del Art. 222 del Código Procesal Penal, solicitando al Juzgado de Investigación Preparatoria disponer la devolución del vehículo de su propiedad, precisando que recurre debido a que en sede fiscal se les ha denegado, procediendo a realizar un breve resumen de los actuados, fundamentándolo en la Casación N°45-2012-Cusco, de fecha 13 de agosto de 2013; precisando que existiría en el presente un conflicto de leyes con la Administración Aduanera, por lo que solicita se declare fundado dicho requerimiento. El Fiscal procede a oponerse señalando que fue la ADUANAS Cusco, quien realizó la intervención frente a la presunta comisión del delito de contrabando, y que el Ministerio Público, en etapa preliminar archivó el caso, porque ya existiría investigación sobre los mismos hechos y también se habrían archivado, precisando que nunca se habría realizado una confirmatoria judicial de incautación y que es la Administración Aduanera el ente encargado de la devolución de los bienes incautados, precisando que el Ministerio Público ha perdido competencia en el presente caso, solicitando se declare improcedente dicho petitorio.

SEXTO. Con resolución número tres del veintiocho de octubre de dos mil catorce, a fojas cincuenta y cuatro del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros; ordenándose que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria Cusco, devuelva en el día, el vehículo clase camión, marca volvo año 1990, Modelo F-12, 6x2, Placa V3J-838, con número de motor TD122F100148934, serie YV2H2B4CXLA347210, datos obtenidos de la tarjeta de propiedad C0378037, tipo volquete, en el estado en que fue incautado indebidamente a su propietario Eriks Franklin Andía Peceros, bajo apercibimiento de Ley; debiendo el representante del Ministerio Público garantizar la devolución del vehículo a su propietario.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

SÉPTIMO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, culminada la fase de traslado de las impugnaciones, mediante resolución once del cinco de diciembre del dos mil catorce, de fojas ciento cincuenta del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, emplazó a los sujetos procesales a fin que concurran a la audiencia de apelación contra la resolución número tres.

OCTAVO. Con fecha diecinueve de diciembre de dos mil catorce la Sala Penal de Apelaciones emite el auto de vista, que resolvió: Declarar INFUNDADO el recurso de Apelación formulado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria representado por Danny Freddy Farfán Ninatay; y en consecuencia CONFIRMAR la Resolución N°03 de fecha 28 de octubre del 2014, que declara fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros y ORDENA que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco, DEVUELVA en el día el vehículo motorizado materia de autos a su propietario Eriks Franklin Andía Peceros; con lo demás que al respecto contiene.

III. Del trámite del recurso de casación

NOVENO. El Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria interpuso recurso de casación, que fundamentó mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y tres del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, basándose en la causal del inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, errónea interpretación y falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, en este caso, sobre la Ley N°28008 (Ley de Delitos Aduaneros). Sustentándola en que: **i)** Erróneamente la Sala de Apelaciones asume que las disposiciones fiscales son pronunciamiento de fondo, a consecuencia de ello, devuelve los objetos del delito, aun cuando son intrínsecamente delictivos, y no media una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento. **ii)** No obstante se archivó la denuncia (aprobada por el Fiscal Superior), esta no constituye un pronunciamiento de fondo, pues se deja a salvo el derecho de la SUNAT de formular nueva denuncia en contra de los responsables del delito denunciado. **iii)** El vehículo materia del ilícito es una mercancía de contrabando, siendo intrínsecamente delictivo. **iv)** La Primera Sala de Apelaciones de Cusco asume, al indicar que los hechos por los que se investiga fueron archivados en el año dos mil diez, que las

disposiciones fiscales son pronunciamientos de fondo, cuya consecuencia jurídica es la devolución de los objetos del delito, aun cuando son intrínsecamente delictivos y los hechos pueden posteriormente ser nuevamente investigados como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional. v) En la resolución del año dos mil diez se archivó la denuncia porque no aparecen indicios reveladores de la existencia del delito, no porque estos no constituyan delito, por ello no existe cosa decidida, menos cosa juzgada, es decir, no existe un pronunciamiento de fondo respecto a la situación legal del vehículo intervenido y menos un pronunciamiento que no existe delito, como se alega, por ello es que la actual resolución deja a salvo el derecho de la administración aduanera de denunciar ante el Ministerio Público a los presuntos responsables del delito de contrabando, por cuanto no se tiene acreditado el ingreso legal del vehículo. **vi)** Al no existir pronunciamiento de fondo que resuelva la situación del vehículo, resulta irregular que las instancias judiciales dispongan la devolución de un bien intrínsecamente delictivo. **vii)** Respecto a la aplicación del artículo trece de la Ley de delitos aduaneros, se debe observar el principio de especialidad, por ello solo se puede devolver el vehículo cuando medie una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento firme y no sea intrínsecamente delictivo, criterio que debe establecerse y así lograr el desarrollo de la doctrina jurisprudencial y se establezca como precedente vinculante. **viii)** La resolución cuestionada no se pronunció por aspectos relevantes: **a)** El Procurador Público no fue notificado a la audiencia de primera instancia, lo que genera la nulidad de la resolución. **b)** El Juzgado de Investigación Preparatoria y Salas Superiores de Cusco no eran competentes para resolver la situación legal del delito de contrabando. **c)** No se hizo el test de triple identidad para establecer el *ne bis in idem*. **d)** El derecho de propiedad y buena fe registral solo son atendibles cuando tiene origen lícito. **e)** Existe motivación incongruente pues el órgano jurisdiccional no absuelve los argumentos jurídicos expuestos en el recurso de apelación.

DÉCIMO. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal de errónea interpretación y falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, en este caso, sobre el artículo trece de la Ley N° 28008 (Ley de Delitos Aduaneros), en específico sobre: **i)** Pronunciarse sobre si es que es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento o si es que con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; y, **ii)** Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera.

DÉCIMO PRIMERO. Producida la audiencia de casación el ocho de marzo de dos mil diecisiete, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día de la fecha, a horas ocho con treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y seis del cuaderno formado en este Supremo Tribunal, del veintiuno de agosto de dos mil quince, el motivo de casación admitido es: **i)** Establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; y, **ii)** Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera.

II. Del pronunciamiento de la Sala de Apelación.

SEGUNDO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, argumenta que: **i)** La incautación en su acepción legal es la desposesión de los bienes por parte de la autoridad competente que se realiza por razones de haberse cometido un ilícito penal. Con relación al concepto de incautación realizado por la Corte Suprema de la República referido a la institución que se ha desarrollado en el nuevo Código Procesal Penal, se tiene que el Acuerdo Plenario 5-2010, lo preceptúa como una medida procesal realizada por un acto de la autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas con el delito, que tiene como finalidad evitar el ocultamiento de bienes sujetos a decomiso o el impedimento u obstaculización de la verdad. La incautación en el Código Procesal Penal ha sido asumido tanto en la Sección II referida a la Prueba, Título III Búsqueda de Pruebas y restricción de Derechos; Capítulo VI sobre la Incautación, artículos 218 al 223; como en la Sección III, sobre Medidas de Coerción; Título X la Incautación (medida de coerción real), artículos 316 al 320. **ii)** En el presente caso, la Fiscal en su alegato oral ha sustentado que estos mismos hechos han sido de conocimiento del Ministerio Público en la Carpeta Fiscal N°1036-2010-MP-PFSPA-C,de fecha 13 de Octubre del año 2010,mediante la cual la Primera Fiscalía Superior del Cusco, analiza la Disposición de Archivamiento emitido por la Segunda Fiscalía Penal Corporativa del Cusco, pronunciándose por su confirmatoria. **iii)** Los hechos que amerita la denuncia por el Intendente de Aduana Cusco, son del 02 de mayo del 2014 e idénticos a los suscitados el 10 de julio del año 2010, y que generó la Carpeta Fiscal N°1036-2010, resultando evidente que ya han sido investigados y han merecido un pronunciamiento de fondo, mediante la Disposición de Archivamiento Definitivo N°02-2010-2FPPCC de fecha 20 de setiembre del año 2010,donde se ha concluido que no existe delito, que ha sido confirmado por el superior del Ministerio Público. **iv)** La defensa técnica del imputado manifiesta que el vehículo incautado es de su propiedad al haberlo adquirido de sus anteriores propietarios y progenitores Juan Sandía Cevallos y Olimpia Peceros Amable, unidad motorizada que la destina al acarreo de materiales de construcción, conduciéndolo personalmente para luego ser intervenido por la PNP y de la Intendencia de Aduanas del Cusco el día 02 de mayo del 2014, solicitando su devolución, para que las investigaciones a nivel de fiscalía continúen y por ello recurrir al Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco para la procedencia de la devolución del vehículo incautado concluyendo su alegato final solicitando se confirme el auto recurrido. **v)** En consecuencia no existe fundamento fáctico ni legal para mantener vigente la incautación del vehículo, correspondiendo confirmar la apelada. Además en la investigación preliminar los hechos en contra del procesado han merecido el archivamiento definitivo con la autoridad de cosa decidida.

III. Del motivo casacional

TERCERO: El primer motivo de casación admitido está referido a establecer si es acorde a Ley que el juez para efectos de devolver el vehículo incautado por delito de contrabando tenga que exigir una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, o si con la disposición de archivo de la investigación preliminar se cumple este requisito; pues en el presente caso, la Sala Superior confirma Resolución del veintiocho de octubre del dos mil catorce que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo de Eriks Franklin Andía Peceros y ORDENA a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco DEVUELVA en el día dicho vehículo, a mérito que el Ministerio Público dispuso la No procedencia de formalización y continuación de la investigación Preparatoria en contra de Eriks Franklin Andía Peceros y otros; no obstante, el segundo párrafo de la Ley 28008 (Delitos Aduaneros) prohíbe la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito de Contrabando, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión

del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros.

CUARTO. El Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116 del dieciséis de noviembre de dos mil diez efectúa un desarrollo respecto a dos tipos de incautación: **i)** la incautación instrumental, que se encuentra contenida en el artículo 218° del Código Procesal Penal, recaída contra bienes que constituyan cuerpo del delito que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados; y **ii)** la incautación cautelar, contenida en los artículos 316° y siguientes del Código Procesal Penal, que incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito.

QUINTO. En este sentido, debemos primero determinar cuál es la norma legal aplicable al caso concreto de esta figura de carácter eminentemente procesal. La incautación en el Código Procesal Penal (D.L. N°957) ha sido desarrollada en los artículos 218° al 223° (como mecanismo de restricción de derechos), así como en los artículos 316° al 320° (medida de coerción real). De otro lado, tenemos también la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley N°28008), que en su artículo 13°, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1111 del 29 de junio 2012, desarrolla la institución de la Incautación para los casos de Delitos Aduaneros.

SEXTO. Así, el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal señala que: "El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. (...)." Lo cual se complementa con el artículo trescientos diecinueve del mismo texto cuando señala: "a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. b) Las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad. c) Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario. Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279." Adicionalmente se tiene lo prescrito por el primer inciso del artículo trescientos veinte del mismo cuerpo legal, que refiere "Dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata."

SÉPTIMO. De otro lado, el Artículo 13° de la Ley N°28008 (Delitos Aduaneros) tiene relevancia para el caso concreto, cuyo tenor es el siguiente: "El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario. Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. (...)".

OCTAVO. Ambas normas jurídicas regulando la "Incautación", ya han sido abordadas por esta Sala Penal Suprema en la Casación N°342-2011-Cusco, señalando: "En atención al principio de especialidad, debemos precisar que si bien, bajo dicho principio, la norma especial prima sobre la norma general; también lo es que respecto a estas dos normas que colisionan, materia del presente recurso casatorio, **se advierte que la Ley número veintiocho mil ocho se limita a señalar la facultad del Fiscal respecto a la incautación y secuestro de bienes, y la disposición de que sea la administración aduanera quien lo custodie; sin embargo, no establece un procedimiento específico**, en tanto resulta cierto que es el Ministerio Público titular de la acción penal, quien tiene la carga de la prueba y asume la conducción de la investigación desde su inicio, conforme así lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal; no obstante, debe tenerse en cuenta que este nuevo modelo procesal reforzó la función investigadora del Ministerio Público, también lo es que, en forma similar ha dotado al juzgador de efectivos poderes de control de la etapa de investigación, entre otros, la vigilancia a la Policía Nacional y el Fiscal para que cumplan con garantizar los derechos de las personas comprendidas en una investigación; como así lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código acotado que expresa que al órgano jurisdiccional no sólo le corresponde la dirección de la etapa intermedia y de juzgamiento, sino emita resoluciones previstas en la ley". (El énfasis es nuestro)

NOVENO. En igual sentido esta Corte Suprema en el auto de calificación de casación 66-2011-Cusco, (15.08.11) ha señalado que: "**se colige que la norma legal aduanera pone una restricción a la incautación de las mercaderías que constituyen objeto material del delito** - referida al valor pecuniario de estas- por tanto, en el presente caso resulta evidente que el valor del vehículo incautado - camión, marca Mitsubishi, modelo Fuso, año mil novecientos noventa y seis - excede dicho monto, no resultando de aplicación la Ley de Delitos Aduaneros; a mayor abundamiento, debe precisarse que el artículo trescientos veinte inciso uno del Código Procesal Penal resulta concluyente al señalar que "...dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos...", **por tanto, en los casos en que se haya dado por finalizada la investigación preparatoria con la consiguiente declaración de archivo, los bienes que hayan sido materia de incautación deben ser devueltos en virtud a la norma procesal penal que tiene preeminencia, más aún si la forma y procedimiento al respecto se encuentra debidamente regulada en dicho Cuerpo Legal.**" (El énfasis es nuestro)

DÉCIMO. Así también, conforme al Código Procesal Penal, se tienen dos momentos bien definidos dentro de la investigación preparatoria, esto es la Investigación preparatoria no formalizada o también llamada diligencias preliminares, y de otro lado la investigación preparatoria formalizada. A partir del segundo momento corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues ya tiene un control jurisdiccional. En el primer momento en diligencias preliminares, por la autonomía del Ministerio Público, si el fiscal luego de haber trabado la incautación decide no formalizar la investigación preparatoria (es decir, archivar el caso), inicialmente lo único que quedaría al agraviado es recurrir al fiscal superior, conforme al numeral primero del artículo 334 del Código Procesal Penal, y si lo apruebe, el procedimiento habrá concluido y de no ser intrínsecamente delictivo el bien, solicitarle al Fiscal Provincial su devolución y en caso negativo requerir al Juez de Investigación Preparatoria un control de Legalidad. La doctrina nacional reafirma, "*Como puede verse, en este último supuesto, resulta excesivo el contenido del artículo 13° de la Ley 28008, en cuanto estipula que el fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución esta disposición de la ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la Investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los Jueces.*"[1]

[1] GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. "*Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de Lege Lata y Lege Ferenda.*" Ideas Solución Editorial. Lima, 2013. Pág.249-250.

DÉCIMO PRIMERO. En consecuencia, respecto a la incautación como institución procesal, para el caso en concreto, corresponde aplicar los artículos doscientos dieciocho al doscientos veintidós, así como también trescientos diecinueve y trescientos veinte, todos del Código Procesal Penal, por desarrollar mejor el procedimiento para la devolución de bienes incautados, y que autoriza un control por el Juez de Investigación Preparatoria.

DÉCIMO SEGUNDO. El recurso de casación por su naturaleza extraordinaria tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la Ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico. Por lo que, haciendo tal interpretación de las normas glosadas, en el caso concreto debemos entender que ya sea porque variaron los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, o porque los bienes incautados ya fueron utilizados en la actividad investigadora; el Ministerio Público, o un interesado pueden solicitar ante el Juez de la Investigación Preparatoria el reexamen de la medida a efectos de que se ordene la devolución del bien incautado al imputado. Ahora bien, como señala el artículo trescientos veinte, se exige un especial requisito para la devolución del bien incautado a quien tenga derecho sobre él (caso del imputado) esto es, que haya sido dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, y que no se traten de bienes intrínsecamente delictivos.

DÉCIMO TERCERO. En este sentido se ha referido la Casación N°45-2012, cuando señala "Concluyendo, que el artículo trece de la ley número veintiocho mil ocho, no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia sobre la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal. Entonces se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo la custodia de la Administración Aduanera por disposición del Fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la custodia del bien, no siendo este quien determine el futuro del bien incautado; sino es el Juez quien reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial"

DÉCIMO CUARTO. En el caso concreto, originalmente existió una disposición de no formalización y continuación de investigación preparatoria; archivo de la investigación que fue aprobado por el Fiscal Superior, pero actualmente por los mismos hechos existe una investigación en la Fiscalía Provincial de Arequipa, por lo que sigue en discusión si el carácter del bien es intrínsecamente delictivo, por lo que de haberse descartado definitivamente tal carácter del bien, la cosa decidida del Ministerio Público debe generar seguridad jurídica penal y real y por lo tanto la devolución definitiva del bien.

DÉCIMO QUINTO. El segundo motivo de casación admitido está referido a Determinar cuándo se está ante un bien intrínsecamente delictivo en el caso de automóviles incautados por delitos de contrabando, es decir, si es que se puede devolver el bien al tercero que lo adquiere de buena fe o si en todos los casos los debe tener bajo custodia la Administración Aduanera. A efectos de determinar si el auto recurrido se pronunció conforme a Derecho y por lo tanto devolver el bien

DÉCIMO SEXTO. La interrogante de cuándo nos encontramos ante bienes intrínsecamente delictivos, obedece a un debate de naturaleza sustantiva, y no procesal como el caso de la incautación, por lo que hemos de remitirnos al Código Penal y a la Ley N°28008 de Delitos Aduaneros.

DÉCIMO SEPTIMO. El segundo párrafo del artículo 102° del Código Penal prescribe como una consecuencia accesoria del delito, que el Juez también dispone el decomiso de los "bienes intrínsecamente delictivos", los que serán destruidos. El artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros hace referencia a la prohibición de disponer la entrega o devolución de las "mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito".

DÉCIMO OCTAVO. El objeto del delito es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito, pudiendo ser los sujetos pasivos, las cosas inanimadas o los animales mismos. Siendo en el presente caso el vehículo automotor referido a si su naturaleza es intrínsecamente delictiva.

DÉCIMO NOVENO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°28008, constituyen modalidades del delito de Contrabando las siguientes: **a)** Extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera. **b)** Consumir, almacenar, utilizar o disponer de las mercancías que hayan sido autorizadas para su traslado de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico, sin el pago previo de los tributos o gravámenes. **c)** Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales. **d)** Conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero. **e)** Intentar introducir o introduzca al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.

VIGÉSIMO. El tema de la delictividad intrínseca, sustancial o constitutiva de un bien, ya ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N°113-2013-Arequipa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (16.09.2014) señalando que: "En el presente caso, el texto de la Ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) **es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito** no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), **pues este vehículo al no tener D.U.A. -Declaración única de Aduanas-, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida,** no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), **desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal cuando establece que "tratándose de bienes intrínsecamente delictivos, no procede su restitución o devolución al procesado".**"

VIGÉSIMO PRIMERO. En igual sentido se pronuncia la Casación N°136-2013-Tacna de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (11.06.2014) cuando señala: "Analizando lo actuado se puede determinar que el bien objeto de la investigación resulta – en apariencia **- ser intrínsecamente delictivo, dado que no existe concordancia en la ficha de inscripción registral, donde los datos consignados no concuerdan, por lo que dicho bien no es lícito al no contar con la documentación que sustente sus características.** (...) Si bien el recurrente ha sostenido su pedido, en el principio de **la fe registral y su adquisición como tercero de buena fe, no es posible amparar esa propuesta y dejar de lado que dicha adquisición se centra sobre un bien ilícito que no puede, por tanto, circular legalmente,** más aun si se ha establecido que cuando un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Cabe indicar también que el procedimiento para la incautación de los bienes relacionados con delitos aduaneros posee una regulación particular en la ley de la materia, que debe ser tomada en cuenta por los operadores jurídicos." (El énfasis es nuestro)

VIGÉSIMO SEGUNDO. En la Casación N°342-2011-Cusco de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (02.07.2013), se señaló que: "Si bien el peritaje determinó que las series del motor y chasis fueron regrabadas, y sumado a que la Procuraduría sostuvo que el vehículo ingresó al país sin el pago de Declaración Única de Aduanas-DUA; sin embargo, la parte agraviada no acreditó que la DUA con la que cuenta el vehículo sea falsa

o haya sido utilizada por otra unidad, es más se encontró información coincidente con la DUA presentada, por lo que el hecho que el motor y chasis tenga una numeración regrabada, ello no está relacionado con la DUA; máxime si no está en cuestionamiento el ingreso del vehículo sin el pago respectivo".

VIGÉSIMO TERCERO. Debemos destacar que en el presente caso, el ingreso del vehículo sin el pago respectivo y la placa regrabada es lo que se pone en cuestión y fueron los motivos para proceder con la incautación del mismo, conforme a los hechos delictivos que continúan atribuyéndose por el Ministerio Público, cuya investigación continúa.

VIGÉSIMO CUARTO. De lo anotado precedentemente, debe entenderse que para el caso de vehículos, un bien resulta intrínsecamente delictivo de Contrabando cuando se presente cualquiera de los supuestos típicos descritos en el considerando Décimo Noveno.

VIGÉSIMO QUINTO. En el caso, tenemos que a pesar que se dispuso el archivo de la investigación por presunto delito de Contrabando en sede fiscal, sin embargo en la Disposición Fiscal Superior N°203-2014-MP-2FSPA-CUSCO quedo expresa mención que se dejaba a salvo el derecho del recurrente (SUNAT) para formular nuevamente su denuncia, motivo por el cual nuevamente procedió a formularla generando la Carpeta Fiscal N°892-2014, y que mediante la Disposición N°02 obrante a fojas 197 del cuaderno de Confirmatoria de Incautación, se ordenó derivar los actuados a la Fiscalía Provincial Penal de Arequipa, señalando entre sus fundamentos: "Si bien es cierto, que en el presente caso, el vehículo objeto de investigación fue incautado por la Administración Aduanera en el Cusco, sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el Inciso 3 del Artículo 21° del Código Procesal Penal aplicable extensivamente a la etapa de investigación preliminar: "la competencia por razón de territorio se establece...: 3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito...", en este caso **en la ciudad de Arequipa donde se realizó legalmente la primera inscripción en registros públicos.** Del mismo modo, considerando que existen elementos de convicción del delito de Contrabando, pero que no se ha determinado el lugar de su comisión (por donde ingresó ilegalmente a territorio nacional), sin embargo **se ha establecido que los efectos del delito de Contrabando se produjeron en la ciudad de Arequipa, lugar en donde se logró la inscripción en los Registros Públicos de Arequipa con documentación presuntamente falsa,** hecho del que además derivaría el delito de falsificación de documentos públicos, (...)".

VIGÉSIMO SEXTO. De lo que se colige que la licitud de la obtención del vehículo en mención sigue puesta a debate, no habiéndose desvirtuado aún la delictuosidad intrínseca del mismo, si es que para el Ministerio Público, que conduce las diligencias preliminares e Investigación Preparatoria Formalizada continúa en tal función, para que se establezca si efectivamente dicho bien constituye materia de contrabando, al haber sido presuntamente ingresado al territorio nacional vulnerando el control aduanero, y que no existe disposición fiscal definitiva que desvirtúe la comisión de un delito y que el bien no sea intrínsecamente delictivo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En ese sentido, para el caso de vehículo automotor descrito en "I. Fundamentos de Hecho", dentro del apartado "Itinerario de la causa en primera instancia", punto Primero, Placa de Rodaje V3J-838, incautado por delito de contrabando, conforme a la descripción típica prevista en el artículo 2° de la Ley N°28008 –Ley de Los Delitos Aduaneros- conforme lo desarrollamos en el punto "II. Fundamentos de Derecho", considerando décimo noveno, resulta ser intrínsecamente delictivo, cuando las conductas se subsumen en cualquiera de las conductas típicas que prevé tal disposición.

VIGÉSIMO OCTAVO. El vehículo automotor del caso concreto cuenta con inscripción en registros públicos y viene siendo objeto de investigación en el Distrito Fiscal de Arequipa, por ser ahí donde se procedió a su inscripción, no cuenta con grabación original de chasis (regrabado) conforme al peritaje realizado; por lo que no existe un archivo definitivo de la investigación que descarte lo intrínsecamente delictivo del vehículo, porque aún no se ha podido determinar el origen lícito al no contar con la documentación que sustente sus características. Por lo que a pesar que frente a un archivo definitivo por no formalización de investigación preparatoria consentida o aprobado por el Fiscal Superior, el Juez de la Investigación Preparatoria tiene la facultad de decidir sobre la devolución del bien incautado cuando su naturaleza no es intrínsecamente delictiva, continuando en esclarecimiento Fiscal, no resulta conforme a ley la devolución del mismo, debiendo ser la administración aduanera quien mantenga el depósito del vehículo.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación por motivo de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, interpuesto por el Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, en consecuencia:

II. CASARON la Resolución de vista del diecinueve de diciembre de dos mil catorce, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el extremo que confirmó la de primera instancia del veintiocho de octubre de dos mil catorce. Y **SIN REENVIO**, actuando como órgano de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la resolución número tres del veintiocho de octubre de dos mil catorce que declaró fundada la solicitud de devolución de vehículo por Eriks Franklin Andía Peceros. En consecuencia se declara **INFUNDADA** tal Solicitud y se ordena que la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria del Cusco, mantenga la administración y depósito del vehículo motorizado materia de autos, a quien debe ponerse a disposición.

III. ESTABLECIERON de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial los considerandos Décimo, Décimo Cuarto, Vigésimo Sexto, Vigésimo Séptimo y Vigésimo Octavo del rubro II. Fundamentos de Derecho.

IV. MANDARON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

Interviniendo la señora Jueza Suprema Chavez Mella por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein.

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHAVEZ MELLA

J-1553947-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 912-2016
SAN MARTIN

Sumilla: Resultados tardíos e imputación objetiva.- La consumación del delito de homicidio culposo no requiere ser instantánea. Se requiere verificar mediante

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 08159-2011-34

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 08159-2011-34. Lima, 14 de marzo del 2017

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Lima

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial

SS. ROSSELL MERCADO
ARRIOLA ESPINO
RIVERA GAMBOA

Expediente N° 08159-2011-34

Ejecutante : SCOTIABANK PERU S.A.A.
Ejecutados : PERUANA DE CABLE TELEVISON
Materia : EJECUCIÓN DE GARANTIA HIPOTECARIA

RESOLUCIÓN NÚMERO CATORCE

Lima, catorce de marzo
de dos mil diecisiete.-

AUTOS y VISTOS:

Son materia de apelación: **1)** la **Resolución N° 20** del 30 de mayo de 2014, que declara improcedente la suspensión y oposición formulada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción en su calidad de tercero legitimado, y dispone continuar la causa según su estado; **2)** la **Resolución N° 33** del 09 de julio de 2014, que declara improcedente la suspensión del remate solicitado por la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros; **3)** la **Resolución N°51** del 15 de junio de 2015, que declara improcedente la oposición al remate en segunda convocatoria formulada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, y; **4)** la **Resolución N° 60** del 02 de setiembre de 2015, que contiene el auto de adjudicación del inmueble rematado, a favor de Oscar Eduardo Laca Ayala y dispone la transferencia de propiedad, dejando sin efecto todo gravamen que pese sobre el mismo.

Interviene como magistrado ponente el **Sr. Rivera Gamboa.**

FUNDAMENTOS:

De la apelación de la resolución 20

Primero.- La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, argumenta en su apelación de fojas 200:

1.1. En el proceso penal Nro.55-2001 que gira ante la Cuarta Sala Penal Especial de Lima, donde se venía procesando a Vladimiro Montesino Torres, Vicente Ignacio Silva Checa y otros, por delito contra la Administración Pública – Peculado, y otros, se dispuso mediante resolución del 11 de enero de 2012, la medida cautelar de incautación del inmueble que es objeto de la ejecución de garantía materia de estos autos, la cual fue inscrita en el Asiento D00004 de la Partida Registral Nro. 49009403 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

1.2. En ese mismo proceso penal se dictó sentencia anticipada el 4 de enero de 2009 por la Cuarta Sala Penal Especial de Lima, que condenó a Vladimiro Montesinos Torres y Vicente Silva Checa y otros, y entre otros extremos dispuso el decomiso a favor del Estado del inmueble materia de la presente ejecución.

1.3. Con la sentencia penal antedicha queda demostrado que el origen en la adquisición de la empresa Peruana de Cable Televisión SAA por parte de Vicente Silva Checa es ilícito, y por tanto, de continuarse con el proceso civil y de pretenderse rematar un inmueble de propiedad del Estado, se generará la constitución de otros actos sancionados por la ley penal y serán objeto de denuncias penales correspondientes contra los que resulten responsables.

1.4. Dado que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, conforme al artículo 382 del Código Procesal Civil, el Juzgado Comercial se encontraba en obligación de poner en conocimiento de la Procuraduría Pública el mandato ejecutivo, a fin de que pueda ejercer la defensa de los derechos del Estado, pues desde el 06 de noviembre se encuentra en posesión del inmueble.

1.5. Como es de público conocimiento, en el mes de abril de 2014 falleció en Chile don Eduardo Marín Calmell del Solar Díaz, uno de los accionistas de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A., consecuentemente uno de los propietarios del inmueble objeto de ejecución, por lo que en el proceso comercial debieron ser citados además los integrantes de la sucesión del citado, lo que no ha sucedido y por tanto se ha incurrido en vicio insalvable.

1.6. De acuerdo a la sentencia penal del 23 de agosto de 2013, la adquisición del 75% de las acciones de la Empresa Cable Canal de Noticias – Canal Diez (Empresa de Cable Televisión S.A.) efectuada por Vicente Ignacio Silva Checa el año 1999, se ejecutó por acuerdo y mandato de Vladimiro Montesinos Torres y Martin Calmell del Solar, con la finalidad de apoyar y defender el régimen político de Alberto Fujimori Fujimori. Los actos delictivos vinculados a

la adquisición de las acciones de la empresa antedicha se ejecutaron ente los años 1999 al 2000, por tanto, todos los actos jurídicos o actos de disposición celebrados con posterioridad son nulos a tenor del artículo 97 del Código Penal, entre ellos la compra del Canal celebrada mediante escritura pública del 03 de julio de 2003 y la hipoteca constituida a favor del Banco Sudamericano mediante escritura pública del 15 de julio de 2003 y la cesión de garantía hipotecaria a favor de Scotiabank Perú S.A.A. mediante escritura pública del 13 de mayo de 2006.

De la apelación de la resolución 33

SEGUNDO: La Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, argumenta en su apelación de fojas 386:

2.1. El Juzgado ha tenido conocimiento a lo largo del proceso que el inmueble sito en Calle General Vargas Machuca Nro. 309-313-317, Miraflores, Lima, se encuentra incautado en el expediente Nro. 55-2001 de la Cuarta Sala Penal especial, y sobre dicho inmueble se ha dispuesto el decomiso a favor del Estado el 23 de agosto de 2013.

2.2. Asimismo tuvo conocimiento que el 14 de enero de 2009 se emitió sentencia anticipada contra Vladimiro Montesinos Torres, conforme a la Ley Nro. 28122 y lo establecido en el Acuerdo Plenario Nro. 05-2008/JC-116, aceptando haber entregado sumas de dinero del Estado al acusado Vicente Silva Checa, para la adquisición, operatividad y mantenimiento de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A., sentencia que ha quedado consentida.

2.3. Igualmente el magistrado tiene conocimiento que el 11 de enero de 2012 la Cuarta Sala Pernal Especial ordenó la incautación del inmueble, de aparente propiedad de la Emrpesa Peruana de Cable Televisión S.A., por considerar que el citado bien constituía efecto del delito cometido por el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, resolución judicial que ha quedado consentida e inscrita en la partida registral Nro. 49009403 de la Oficina Registral de Lima.

2.4. El magistrado ha tomado conocimiento que se ha acreditado a lo largo del proceso penal que la adquisición del referido inmueble se produjo con los dineros apropiados del Estado, por lo que la disposición del remate lesiona derechos propios del Estado y del interés público.

2.5. No se ha tenido en cuenta lo regulado por el artículo 320 del Código Procesal Civil, en virtud del cual el pedido de suspensión puede ser atendido, e inclusive la suspensión puede ser declarada de oficio cuando según su criterio

considere que ello resulte necesario, como es el caso en que se ha producido un cruzamiento de procesos, en el que la preferencia del proceso penal sobre el proceso civil ha quedado definida por la materia en conflicto, esto es, el interés público vulnerado se antepone a los conflictos de índole privado, constituyéndose dicha circunstancia en motivo fundado para que el juzgador suspenda el proceso civil hasta que se resuelva el proceso penal, en este caso suspenda el remate.

2.6. El inmueble ha sido declarado en sentencia penal última, en calidad de decomiso, es decir que el Estado Peruano es su titular, por lo que se solicitó la suspensión a fin de evitar un perjuicio irreparable al Estado.

De la apelación de la resolución 51

TERCERO: La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, argumenta en su apelación de fojas 291:

3.1. Mediante Sentencia Anticipada del 14 de enero de 2009, la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, falló condenando a Vladimiro Montesinos torres como autor del Delito contra la Administración Pública – Peculado y contra la Fe Pública –Destrucción de Documentos Públicos, ambos en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de la libertad y al pago de S/.7’000,000 por concepto de reparación civil a favor del Estado.

3.2. En el mismo expediente Nro. 055-2001 que gira ante la Cuarta Sala Penal Especial de Lima, se venía procesando a Vicente Ignacio Silva Checa por el delito de Peculado y otros, donde uno de los hechos imputados es su participación irregular en la compra del 75% de las acciones de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A. por la suma de US $2’000,000. Y en dicho proceso se procedió mediante resolución del 11 de enero de 2012, a la incautación del inmueble objeto de la hipoteca materia de ejecución; medida cautelar que se encuentra inscrita en el asiento D0004 de la partida registral de dicho inmueble.

3.3. Por tanto, se encuentra acreditado el origen ilícito de la adquisición de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A. por Silva Checa, quien recibía mensualmente dinero del Estado por disposición de Montesinos Torres -quien era el propietario real de las acciones de dicha empresa- habiéndose adquirido con dichas remesas recibidas, como patrimonio de la empresa el inmueble objeto de ejecución de la hipoteca.

3.4. Con fecha 23 de agosto de 2013 la Cuarta Sala Penal Especial, en el expediente Nro. 55-2001 ha dispuesto el decomiso a favor del Estado del inmueble ubicado en materia de la ejecución de hipoteca.

3.5. El auto apelado carece de motivación suficiente, por cuanto en ninguna de sus consideraciones ha evaluado ni se ha pronunciado sobre sus argumentos de fondo, y por el contrario, en el quinto considerando únicamente establece el hecho de que la inscripción de la garantía hipotecaria precede a la inscripción de la orden de incautación, razonamiento que si bien es objetivamente apreciable, pierde sustento si se tiene en cuenta que la adquisición misma del inmueble mediante escritura pública del 03 de julio de 2003, fue obviamente anterior a la constitución de la garantía hipotecaria, y precisamente esa adquisición por parte de la empresa ejecutada, ya era de origen ilícito; así como la constitución misma de la empresa ejecutada es igualmente de origen ilícito; por lo que debe ser materia de pronunciamiento esta particular situación.

3.6. Si bien la Constitución recoge que no puede retardarse la ejecución, también se debe tener que constituyen derechos fundamentales la tutela jurisdiccional y el derecho de defensa, en este caso, se defiende los derechos e intereses del Estado.

3.7. Con la sentencia penal queda demostrado el origen ilícito de la adquisición del inmueble objeto de la ejecución de hipoteca, y por tanto, de continuarse con el proceso civil y de pretenderse rematar un inmueble de propiedad del Estado, se generará la constitución de otros actos sancionados por la ley penal y serán objeto de denuncias penales correspondientes contra los que resulten responsables.

3.8. Se debió poner en conocimiento de la Procuraduría Pública la decisión recaída a su oposición antes de ejecutarse el remate, para ejercer la defensa de los derechos del Estado, quien desde el 06 de noviembre de 2009 se encuentra en posesión del inmueble.

De la apelación de la resolución 60

CUARTO: La Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, argumenta en su apelación de fojas 313:

4.1. Al rematar el inmueble el Juez ha tenido presente que se encuentra incautado en el expediente Nro. 55-2001, de la Cuarta Sala Penal Especial, en el que con fecha 23 de agosto de 2013 se ha dispuesto su decomiso a favor del Estado.

4.2. A su vez el Magistrado tenía conocimiento que el 14 de enero de 2009 se emitió Sentencia Anticipada contra Vladimiro Montesinos Torres, siendo un hecho irregular que el Juzgado Comercial haya trasgredido su discrecionalidad al transferir un inmueble con un proceso penal dejando a salvo el derecho de solicitar las investigaciones sobre el particular.

4.3. El Magistrado al momento de resolver ha tenido conocimiento que la Cuarta Sala Penal ordenó la incautación del inmueble, de aparente propiedad de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A., por considerar que el citado bien constituía efecto del delito cometido por el sentenciado Montesinos Torres, resolución judicial que ha quedado consentida a inscrita en la partida registral del inmueble.

4.4. El Magistrado ha tomado conocimiento que se ha acreditado en el proceso penal que la adquisición del referido inmueble se produjo con los dineros apropiados del Estado, por lo que la disposición del remate lesiona derechos propios del Estado y del interés público, más aún que a la fecha se discute la calidad de decomiso a favor del Estado.

4.5. No se ha tenido en cuenta lo regulado por el artículo 320 del Código Procesal Civil, en virtud del cual el pedido de suspensión puede ser atendido, e inclusive la suspensión puede ser declarada de oficio cuando según su criterio considere que ello resulte necesario. En este caso, la preferencia del proceso penal sobre el proceso civil ha quedado definida por la materia en conflicto, esto es, el interés público vulnerado se antepone a los conflictos de índole privado, por lo que el Juez ha debido evitar la transferencia del bien incautado y con una primera sentencia de decomiso a favor del Estado.

4.6. Con la referida transferencia también se causa una lesión al adjudicatario, que con conocimiento está comprando un bien incautado; y si bien es cierto el Juez puede dejar sin efecto todos los gravámenes ante el registro público, la medida cautelar de incautación aún subsiste en el proceso penal, más aún que por resolución se ha declarado el decomiso a favor del Estado, siendo susceptible de inscripción en los Registros Públicos, generándose que el adjudicatario posteriormente reclame una indemnización contra el Poder Judicial.

4.7. Todo ciudadano tiene conocimiento de las incautaciones, por cuanto existe el Registro Nacional de Bienes Incautados – RENABI, por lo cual no se podrá acusar desconocimiento ni mucho menos haber obviado este registro, derivando a una transferencia que resulta ser irregular, ya que se ha trasgredido la norma constitucional al lesionar el derecho de propiedad, el derecho a la defensa y al avocamiento indebido.

4.8. Al realizar la transferencia a un tercero, lesionándose el derecho de propiedad, el derecho a la defensa y al avocamiento indebido, se viola con ello el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la prohibición a cualquier persona o autoridad, incluido los órganos jurisdiccionales, de interferir en las decisiones jurisdiccionales.

4.9. Al declarar dejar sin efecto la incautación el Juzgado Penal de Lima, existe una imposibilidad jurídica de decidir en contra de una decisión emanada de la autoridad jurisdiccional (sic).

QUINTO: La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción argumenta en su apelación de fojas 318 contra la resolución 60:

5.1. Mediante Sentencia Anticipada del 14 de enero de 2009, la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, falló condenando a Vladimiro Montesinos torres como autor del Delito contra la Administración Pública – Peculado y contra la Fe Pública –Destrucción de Documentos Públicos, ambos en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de la libertad y al pago de S/.7'000,000 por concepto de reparación civil a favor del Estado.

5.2. En el mismo expediente Nro. 055-2001 que gira ante la Cuarta Sala Penal Especial de Lima, se venía procesando a Vicente Ignacio Silva Checa por el delito de Peculado y otros, donde uno de los hechos imputados es su participación irregular en la compra del 75% de las acciones de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A. por la suma de US $2'000,000. Y en dicho proceso se procedió mediante resolución del 11 de enero de 2012, a la incautación del inmueble objeto de la hipoteca materia de ejecución; medida cautelar que se encuentra inscrita en el asiento D0004 de la partida registral de dicho inmueble.

5.3. Por tanto, se encuentra acreditado el origen ilícito de la adquisición de la Empresa Peruana de Cable Televisión S.A. por Silva Checa, quien recibía mensualmente dinero del Estado por disposición de Montesinos Torres -quien era el propietario real de las acciones de dicha empresa- habiéndose adquirido con dichas remesas recibidas, como patrimonio de la empresa el inmueble objeto de ejecución de la hipoteca.

5.4. Con fecha 23 de agosto de 2013 la Cuarta Sala Penal Especial, en el expediente Nro. 55-2001 ha dispuesto el decomiso a favor del Estado del inmueble ubicado en materia de la ejecución de hipoteca.

5.5. El auto apelado vulnera el debido proceso, por cuanto se encuentran pendientes de resolver la apelación concedida sin efecto suspensivo y sin calidad de diferida

contra el auto del 15 de junio de 2015, que declaró improcedente su oposición al remate.

5.6. Asimismo, mediante escrito del 223 de junio de 2015 se solicitó la nulidad del remate efectuado el 19 de junio de 2015, por haberse afectado los principios de legalidad, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, cuestionamiento que se encuentra pendiente de resolver.

5.7. El pronunciamiento que emita la Sala sobre su apelación referida, y el que emita el Juzgado con relación a la nulidad del acto de remate, incidirán sobre la validez o invalidez de lo actuado, por lo que el Juzgado debió reservar la decisión de adjudicación del bien y su transferencia, hasta que se emitan decisiones firmes vinculadas al remate del bien.

5.8. De acuerdo al artículo 720 del Código Procesal Civil, se debió poner en su conocimiento la decisión recaída sobre su pedido nulificante antes de pronunciarse sobre la adjudicación y transferencia del predio.

CRONOLOGIA PROCESAL RELEVANTE

SEXTO.- De autos se aprecia la siguiente secuencia procesal relevante:

6.1. El presente proceso es uno de ejecución de garantía hipotecaria iniciado por SCOTIABANK PERU S.A.A. según demanda (de fojas 32) presentada el **18 de octubre de 2011**, contra PERUANA DE CABLE TELEVISION S.A., pretendiendo el pago de US $20,933.22 más intereses moratorios y compensatorios, costas y costos, bajo apercibimiento de rematarse el inmueble de su propiedad ubicado en Calle General Vargas Machuca Nro. 309, 313 y 317, Miraflores, Lima, inscrito en la Partida Registral Nro. 49009403 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, sobre el cual pesa la hipoteca constituida por la ejecutada a favor del otrora Banco Sudamericano, inscrita con fecha **22 de octubre de 2003**.

6.2. La demanda fue admitida por resolución 02 del **26 de enero de 2012** (a fojas 80), dictándose el correspondiente mandato ejecutivo, que fue notificado a la ejecutada el **09 de febrero de 2012** en el inmueble a rematarse (a fojas 86 y 87). Asimismo, fueron notificados los ocupantes del inmueble según cargo de fojas 88.

6.3. Por resolución 03 del **02 de julio de 2012** se dictó el auto final que ordena se proceda al remate (fojas 83)

6.4. Por resolución 05 del **17 de setiembre de 2012** se dispuso la tasación pericial del inmueble (fojas 97).

6.5. Mediante escrito presentado el **29 de octubre de 2012** (fojas 111), el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción se apersonó al proceso, solicitó la

suspensión del mismo y formuló oposición al remate, argumentando que el inmueble sobre el cual recae la ejecución es de procedencia ilícita, constituye un efecto del delito y sobre el cual se ha dictado orden de incautación en el Proceso Nro. 55-2001 seguido ante la Cuarta Sala Penal Especial, contra Vicente Ignacio Silva Checa por delito de peculado y otros, según resolución del **11 de enero de 2012**, medida cautelar que se encuentra debidamente anotada en el Asiento D0004 de la Partida Registral Nro. 49009403 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima. Asimismo indica que por constituir un efecto del delito, dicho inmueble será objeto de decomiso en el proceso penal referido, por lo que sería una irregularidad que se disponga el remate de dicho bien.

6.6. Por resolución 11 del 14 de enero de 2013 se puso en conocimiento de la parte ejecutante (fojas 133).

6.7. Por resolución 17 del **20 de noviembre de 2013** se dispuso sacar el inmueble a remate en primera convocatoria (fojas 171).

6.8. Por resolución 20 del **30 de mayo de 2014** se resolvió el pedido de suspensión del proceso, declarándolo improcedente al igual que la oposición formulada por la Procuraduría Pública antedicha (fojas 180).

6.9. Por resolución 21 del 30 de mayo de 2014 se tiene por apersonado al Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros (fojas 185).

6.10. El **11 de junio de 2014** el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción apela de la resolución 20 (fojas 200). El concesorio se dictó por resolución 54 del **22 de junio de 2015** (fojas 267).

6.11. El **01 de julio de 2014** (fojas 373) el Procurador de la Presidencia del Consejo de Ministros solicita la suspensión del remate programado para el 09 de junio de 2014, manifestando que por resolución del 11 de enero de 2012 la Cuarta Sala Penal Especial emitió orden de incautación del inmueble materia de ejecución, por considerar que el mismo constituía efecto del delito cometido por el sentenciado Vladimiro Montesinos Torres, resolución que había quedado consentida e inscrita en la partida registral correspondiente.

6.12. Por resolución 33 del **09 de julio de 2014** (a fojas 379) se declaró improcedente la suspensión del remate.

6.13. El 22 de agosto de 2014 el Responsable de la Unidad de Operaciones de la Comisión Nacional de Bienes Incautados informa al Juzgado que sobre el inmueble cuyo remate se ha ordenado, pesa una orden de incautación que obra inscrita en la partida registral correspondiente (fojas 212).

6.14. El **11 de noviembre de 2014** (a fojas 386), el Procurador de la Presidencia del Consejo de Ministros apela de la resolución 33. El concesorio es dictado por resolución 43 del **16 de enero de 2015** (fojas 389).

6.15. Por resolución 44 del 16 de enero de 2015, a solicitud de parte, se dispone la segunda convocatoria a remate (fojas 221).

6.16. El 18 de marzo de 2015 el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción formula oposición a la segunda convocatoria a remate, indicando que la Cuarta Sala Penal Especial había dispuesto en el Exp. Nro. 55-2001, con fecha **23 de agosto de 2013**, el decomiso del inmueble a favor del Estado (fojas 245).

6.17. Por resolución 48 del 22 de abril de 2015 se tiene por programado el remate en segunda convocatoria (fojas 254), para el 19 de junio de 2015.

6.18. Por resolución 51 del **15 de junio de 2015** (a fojas 261) se declaró improcedente la oposición.

6.19. El **19 de junio de 2015** se realizó el remate del inmueble (fojas 281), adjudicándose el mismo a don Oscar Eduardo Laca Ayala.

6.20. El 22 de junio de 2015 el citado adjudicatario efectuó el depósito del saldo del precio y solicitó el auto de transferencia (fojas 278).

6.21. El **24 de junio de 2015** (a fojas 284) el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, solicitó la nulidad del remate, alegando que no había sido notificado con resolución alguna que se pronunciase sobre la oposición formulada por su Procuraduría; además que había transcurrido un año desde su apelación contra la resolución 20, recién se emitió el concesorio, lapso durante el cual el superior habría podido revisar y anular la apelada. Asimismo, sostuvo que las publicaciones de los edictos no han consignado el nombre del tercero legitimado, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, lo que contravenía el artículo 734 inciso 1) del Código Procesal Civil. Finalmente, reiteró que el inmueble había sido decomisado a favor del Estado por sentencia del 23 de agosto de 2013, de la Cuarta Sala Penal Especial.

6.22. El 03 de julio de 2015 (fojas 291) la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, apela de la resolución 51. El concesorio se dictó por resolución 58 del **10 de julio de 2015** (fojas 298).

6.23. Por resolución 60 del **02 de setiembre de 2015** (fojas 305), se dispuso la transferencia de propiedad a favor de Oscar Eduardo Laca Ayala, y se deje sin efecto todo gravamen que pese sobre el inmueble sub materia, salvo la medida cautelar de anotación de demanda, disponiendo se cursen los partes al Registro Público, ordenándose finalmente a los ocupantes que hagan entrega del inmueble al adjudicatario, bajo apercibimiento de lanzamiento.

6.24. El **13 de octubre de 2015** (fojas 313) el Procurador de la Presidencia del Consejo de Ministros apela de la resolución 60. Asimismo, el 15 de octubre de 2015 el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción apeló de la resolución 60 (fojas 318).

6.25. El concesorio de ambas apelaciones se dictó por resolución 68 del 09 de marzo de 2016 (fojas 364).

6.26. El 02 de febrero de 2016 el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción informa que en mérito de la Ejecutoria Suprema del 21 de enero de 2015, expedida por la Sala Permanente de la Corte Suprema que declaró improcedente el recurso de nulidad (Nro. 1307-2014) ha quedado firme y con autoridad de cosa juzgada el decomiso del inmueble (fojas 328).

ANALISIS DEL COLEGIADO

SETIMO: De la cronología antes efectuada, fluye que en el marco del proceso penal Nro. 55-2001 seguido ante la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justica de Lima, contra Vicente Ignacio Silva Checa por delito de peculado y otros, se dispuso la incautación del inmueble materia de la presente ejecución, mediante resolución del **11 de enero de 2012**, esto es, **antes del mandato ejecutivo** dictado en estos autos por resolución del **26 de enero de 2012** (fojas 80). Según se desprende de la resolución 17 (fojas 171), resolución 44 (fojas 22), y la copia de la partida registral a fojas 377, dicha incautación obra inscrita en el Asiento D0004 de la Partida Registral Nro. 49009403 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima desde el **28 de febrero de 2012**, es decir, **antes del auto final** dictado por resolución 03 del 02 de julio de 2012 (fojas 83).

OCTAVO: Asimismo, se tiene que mediante sentencia de fecha **23 de agosto de 2013,** dictada por la Cuarta Sala Penal Especial, se dispuso el **decomiso** del inmueble por resolución 17 del **20 de noviembre de 2013** (fojas 171), es decir, **antes que se dispusiera sacar el inmueble a remate en primera convocatoria**. Asimismo, se aprecia que por Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente recaída en el R.N. Nro. 1307-2014, mediante resolución del **21 de enero de 2015** (fojas 334) se declaró nulo el concesorio e improcedente el recurso de nulidad contra la sentencia dictada en el proceso 55-2001, que entre otros extremos dispuso el decomiso del inmueble que nos ocupa, con lo cual **dicho decomiso adquirió firmeza y calidad de cosa juzgada, antes de que se produzca en esta ejecución el remate del inmueble** el 19 de junio de 2015 (fojas 281).

NOVENO: La incautación en materia penal está legislada en el Nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957 tanto en el artículo 218 y siguientes como en el artículo 316 y siguientes**:**

Artículo 218 Solicitud del Fiscal.-

1. *Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.*

2. *La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.*

(…)

Artículo 316 Objeto de la incautación.-

1. *Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público.*

2. *Acto seguido, el Fiscal requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá, sin trámite alguno, en el plazo de dos días.*

3. *En todo caso, para dictar la medida se tendrá en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal*.

El artículo 218° y siguientes regulan la incautación como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos; y el artículo 316 y siguientes regulan la incautación como medida cautelar o de coerción que limita las facultades de dominio sobre los bienes relacionados con el hecho punible, como antecedente de una futura aplicación del artículo 102 del Código Penal, modificado por la Ley Nro. 30076, que regula el decomiso de bienes provenientes de delito:

Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.
Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

De acuerdo a la normatividad transcrita, fluye que la incautación puede ser dispuesta en el proceso penal con el objeto de búsqueda y aseguramiento de pruebas, así como evitar el ocultamiento de este efecto u objeto del delito, pero también como medida que busca asegurar la futura sentencia que contenga como consecuencia accesoria un mandato de decomiso del bien.

En efecto, el decomiso corresponde a una medida legalmente diseñada dentro la política del Estado de lucha contra el crimen y represión del delito, que implica el traslado de los bienes decomisados a la esfera de titularidad del Estado. Se trata por tanto de una transferencia compulsiva o expropiación de bienes, que son sustraídos de la esfera de dominio de su titular, para ser incorporados dentro de la esfera de dominio del Estado; tiene su origen legal en normas de derecho público, y lleva implícita la ponderación prevalente del interés público en la represión y sanción del delito, sobre el interés privado.

DECIMO: El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 tomado en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 16 de noviembre de 2010, explicita lo siguiente**:**

"8°. *La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra (i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra (ii) las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados …*
(…)
9°. *La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitido por ley. [sic]*
A. *Los efectos del delito o producta scaeleris son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa…*
(…)
C. *Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delitos de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, paro lo que se requiere una regulación específica.*

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).
(Subrayado agregado]

DECIMO PRIMERO: De acuerdo a la normatividad transcrita y de los hechos expuestos fluye que la incautación dispuesta por la Cuarta Sala Penal Especial busca asegurar que al emitirse la sentencia penal y disponerse el decomiso del bien –como consecuencia accesoria– esta última medida se pueda viabilizar, por estar el bien inmueble sujeto a las disposiciones del juzgador penal.

DECIMO SEGUNDO: La legislación antes referida ha sido dictada como leyes de desarrollo constitucional o reglamentarias de normas constitucionales que establecen el deber-derecho del Estado de administrar justicia en materia penal, leyes que hacen posible que el *ius puniendi* sea ejercido por el aparato estatal, que no solo implica la sanción de las conductas lesivas, sino otras funciones correlativas como el derecho resarcitorio de las víctimas o agraviados. Estas normas adquieren especial relevancia cuando se trata de reprimir delitos que causan alarma en la sociedad por la gravedad con la que afectan los bienes jurídicos objeto de protección, como los delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y otros relacionados con la criminalidad organizada.

La legislación en análisis establece las consecuencias de la comisión de delitos y no hace distinción si los bienes objeto de delito fueron o no introducidos al tráfico comercial por los delincuentes o presuntos delincuentes. Dicha normativa ostenta naturaleza de derecho público.

DECIMO TERCERO: Se aprecia de la resolución 20 que nada de esto fue objeto de análisis por el juzgador de origen, pues a fin de resolver el pedido de suspensión del proceso y oposición al remate tomó en cuenta únicamente una vertiente de los derechos y principios implicados en el caso, a saber, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutante y el carácter imperativo de las normas procesales, asumiendo como marco fáctico el haberse dictado ya en este proceso el auto final, pero sin prestar atención ni analizar lo informado por el Procurador Público, en el sentido que mediante orden judicial igualmente firme emanada de un proceso penal se había dispuesto la incautación del bien como medida asegurativa de un posible decomiso o transferencia compulsiva del inmueble a favor del Estado, ni, por ende, analizar las repercusiones de esta figura del Derecho Público –la incautación en sede penal- en la relación jurídica materia de esta ejecución (recuérdese que la incautación fue dictada antes que el mandato ejecutivo).

Asimismo, en la resolución 20 asumió el juzgador que no procedía suspensión alguna a la luz del artículo 3° del Código de Procedimientos Penales; sin embargo dicha referencia normativa resulta extraña e impertinente para el caso, pues el pedido de suspensión no

se sustentó ni guardaba relación con la posibilidad que en esta ejecución se hubiera advertido la comisión de un ilícito, sino en la existencia incontrovertible de un mandato judicial emanado de un proceso penal que disponía la incautación con anterioridad a la emisión del mandato ejecutivo (ulteriormente convertido en decomiso, esto es, transferencia compulsiva del bien a favor del Estado, mediante sentencia penal firme dictada antes del remate del inmueble).

En tal virtud, el Colegiado estima ineludible invalidar el pronunciamiento de la primera instancia, de conformidad con los artículos 171 y 176 *in fine* del Código Procesal Civil, a fin que se emita nuevo pronunciamiento con sujeción a la naturaleza del pedido formulado y las razones expuestas por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, analizando debidamente las razones que éste expone y las normas de Derecho Penal implicadas, determinando de modo específico sus alcances en el caso concreto, pudiendo para tal efecto –si lo considera necesario-documentarse adicionalmente con lo actuado en el proceso penal en que se dictó la orden de incautación, o solicitar informes al juzgador penal a fin de determinar los alcances e implicancias de dicho mandato.

Cabe acotar que la presente resolución nulificante no importa la afirmación del sentido en que debe resolver el juzgador de origen, el cual será determinado por éste con sujeción a su criterio e independencia que esta Sala respeta, el cual deberá sin embargo ser debidamente motivado.

DECIMO CUARTO: Adicionalmente el Colegiado advierte del decurso procesal, dos hechos relevantes:

1) el primero, vinculado a la falta de dirección del proceso evidenciada en la primera instancia, pues salta a la vista que habiéndose formulado el pedido de suspensión y la oposición al remate el **29 de octubre de 2012** (fojas 111), dicho pedido fue resuelto recién por resolución 20 del **30 de mayo de 2014** (fojas 180), esto es, año y medio después, lapso durante el cual no obstante la articulación promovida, la causa prosiguió, dictándose la primera convocatoria a remate.

   Asimismo, habiéndose interpuesto apelación contra la resolución 20 en **junio de 2014** (fojas 200), el concesorio fue dictado en **junio de 2015**, un año después, y sólo por virtud de un pedido de nulidad que se vio precisado a formular la Procuraduría ante el rechazo de su impugnación. Durante ese lapso se prosiguió

la causa disponiéndose la segunda convocatoria a remate. Y no obstante el retardo ya producido, el cuaderno de apelación no se elevó a la instancia superior sino en **agosto de 2016,** esto es, más de un año después del concesorio, lapso durante el cual se realizó el remate y adjudicación del inmueble, no obstante reiterados pedidos de suspensión y oposición, igualmente denegados por resoluciones 33 y 51, las cuales una vez apeladas en **enero y julio de 2015**, respectivamente, tampoco fueron elevadas, sino hasta agosto de 2016 en el presente cuaderno.

2. Esto ha derivado en que a la fecha exista ya un adjudicatario del inmueble, que ostenta por si interés específico y derechos que se agregan a la controversia suscitada en autos. Al respecto, dado que la anulación de la resolución 20 debería de ordinario generar como consecuencia la ineficacia de lo actuado sobre su vigencia, conforme al artículo 380 del Código Procesal Civil, el Colegiado estima que habida cuenta que la validez de los actos procesales subsecuentes a la resolución 20 están supeditados al nuevo pronunciamiento del juzgador de origen sobre el pedido de suspensión y oposición al remate, es menester no pronunciarse en esta instancia respecto de las resoluciones 33, 51 y 60 igualmente apeladas, y reservar el pronunciamiento de dichas apelaciones a resultas de lo que se resuelva por el señor Juez A-quo, de ser el caso, ya que: a) si igualmente deniega el pedido de suspensión y oposición con decisión debidamente motivada, la misma podrá ser objeto de apelación, ocasión en la que se absolverá el grado de las referidas resoluciones 33, 51 y 60, o; b) si el A-quo mediante decisión debidamente motivada dispone la suspensión o acoge la oposición al remate, decaerá la eficacia de las resoluciones 33, 51 y 60, lo cual, de ser apelado, podrá ser revisado por esta instancia.

   Proceder en forma contraria implicaría privar ahora de eficacia al remate y adjudicación, lo que ante la posibilidad que el juzgador desestime la suspensión y oposición, y esta instancia posteriormente confirme dicha decisión, en ese supuesto ya se habría producido la invalidación de la adjudicación obligando a un nuevo remate, lo que significaría una afectación innecesaria del derecho del adjudicatario.

Por las razones expresadas y las normas legales invocadas, los integrantes de esta Sala Superior**:**

RESOLVIERON:

1. **ANULAR** la **Resolución N° 20** del 30 de mayo de 2014, que declara improcedente la suspensión y oposición formulada por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción en su calidad de tercero legitimado, y dispone continuar la causa según su estado. Debiendo el Juez de la causa emitir nuevo pronunciamiento de acuerdo a las consideraciones de la presente.
2. **DISPONER QUE CARECE DE OBJETO** por ahora, resolver las apelaciones contra las resoluciones 33, 51 y 60 dictadas en autos.
3. **RECOMENDAR** al señor Juez de la causa, ejercer adecuadamente la dirección del proceso y el control del personal a su cargo, a fin de asegurar el cabal cumplimiento de sus funciones y responsabilidades.

En los seguidos por SCOTIABANK PERI S.A.A. contra PERUANA DE CABLE TELEVISION S.A. sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria.

Notifíquese y procédase conforme al artículo 383 del Código Procesal Civil.-

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 31391-2014

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub Especialidad Comercial. Exp. N° 08159-2011-34. Lima, 14 de marzo del 2017

CORTE SUPERIOR DE LIMA
Relator: RAMOS MORAN, ALCIDES
Fecha: 23/02/2017 10:33:26
Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL
D.Judicial: LIMA/LIMA
FIRMA DIGITAL

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL DE LIMA

EXPEDIENTE N° : 31391-2014.
DEMANDANTE : SALERNITANA SAC.
DEMANDADO : PODER JUDICIAL.
MATERIA : ENTREGA DE INMUEBLE.

RESOLUCIÓN NUMERO TRES
Lima, dieciocho de enero
de dos mil diecisiete.-

VISTOS:

I.- MATERIA DEL RECURSO.

Viene en apelación la sentencia obrante de fojas 116 a fojas 121 contenida en la Resolución número ocho de fecha 04 de marzo de 2016 que declara fundada la demanda en consecuencia ordena que la parte demandada entregue a la parte demandante el inmueble sito en la Calle La Pampilla Manzana I-03 Lote 15 Zona Industrial Ventanilla Callao sin costos ni costas.

II.- ANTECEDENTES:

i) Por escrito obrante de fojas 32 a fojas 38 Salernitana S.A.C interpone demanda de entrega de inmueble de su propiedad contra el Poder Judicial; refiere que participó en un remate convocado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria adjudicándose a su favor el inmueble materia de litis cancelando el monto del dinero ofrecido por lo que la SUNAT remitió al Registro de la Propiedad Inmueble del Callao la documentación necesaria para que se le reconozca como propietaria del inmueble; indica que antes del remate observó que sobre el inmueble materia de litis de propiedad de Editora Transparencia S.A existía una medida de embargo solicitada por el Ejecutor Coactivo de la SUNAT; alega que las medidas inhibitorias tienen efecto por corto tiempo pues por el plazo de 15 días el titular del predio está impedido de enajenar el mismo y terminado dicho plazo dicha medida pierde eficacia quedando el inmueble libre de carga; arguye que luego de inscribir la propiedad a su favor y en el entendido que el bien era poseído por una

empresa de vigilancia a petición de la Sala Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima solicitó ante dicha Sala la ministración de la posesión del inmueble que es de su propiedad pedido que fue concedido y posteriormente anulado a fin de que se discuta en sede civil

ii) Por escrito corriente de fojas 87 a fojas 91 el Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial contesta la demanda; alega que los medios probatorios ofrecidos por la empresa demandante de manera alguna conllevaN a la certeza de que la entidad emplazada se encuentre en posesión de la propiedad materia de litis por lo que mal podría recurrirse a la via judicial pretendiendo su entrega cuando no se ha cumplido con acreditar previamente que existe una relación jurídica procesal válida entre la parte demandante y su representada.

iii) El Juez del Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima por resolución número ocho corriente de fojas 116 a fojas 121 dicta sentencia declarando fundada la demanda por considerar que conforme al principio de buena fe pública registral la empresa accionante adquirió a titulo oneroso via adjudicación la propiedad del inmueble que estaba siendo rematado por la SUNAT por la deuda de Editora Transparencia S.A presumiéndose la buena fe de la accionante al no conocer el secuestro y/o incautación por no constar en el Asiento Registral respectivo y no haber sido prorrogada la medida de inhibición.

iv) Por escrito corriente de fojas 127 a fojas 129 la parte demandada interpone recurso de apelación contra la precitada resolución alegando lo siguiente:
a) La resolución impugnada incurre en error al señalar que la demandante adquirió el inmueble conforme al principio de buena fe pública registral ya que sí conocía que existía una medida de inhibición.
b) Del tenor de la resolución expedida por la Sala Penal Nacional recaída en el Expediente N° 579-2008-135-2001-JR-PE-03 de fecha 16 de diciembre de 2013 se aprecia que las medidas limitativas de derechos referentes al inmueble materia de litis fueron rectificadas al haberse dictado el auto de procesamiento de fecha 30 de enero de 2007.

III.- CONSIDERANDO.

PRIMERO: Siendo principio y derecho de la función jurisdiccional previsto en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional esta Sala Superior considera que debe constatar si en la expedición de la sentencia se han vulnerado los precitados principios así como el derecho de defensa consagrado en el inciso 14 del mismo artículo lo cual implica que la decisión jurisdiccional se emita cumpliendo las reglas establecidas para su validez.

SEGUNDO: En el presente caso se aprecia que la empresa demandante solicita que el Poder Judicial le haga entrega de la posesión del inmueble ubicado en la Calle La Pampilla Manzana I-03 Lote 15 Zona Industrial Ventanilla Callao el cual adquirió en el remate efectuado por la SUNAT y se encuentra registrado en la Partida N° 70056505 Asiento COOOO3 de la Oficina Registral Callao por lo que al haber adquirido la propiedad del mencionado inmueble y levantado las cargas y gravámenes que existían sobre el mismo corresponde se le entregue dicho bien.

TERCERO: El Juez del Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima considera que el pedido de la empresa tiene amparo legal toda vez que la demandante adquirió la propiedad del inmueble materia de litis en virtud del principio de la buena fe registral regulado en el artículo 2014 del Código Civil es decir según su criterio la demanda es fundada por el sólo hecho que la parte demandante desconocía las cargas que pesaban sobre el inmueble lo cual no resulta congruente con lo actuado pues al 22 de diciembre de 2011 fecha del remate ya se encontraba inscrita en el Asiento Registral correspondiente al el predio sub júdice la medida limitativa de inhibición registrada el 12 de setiembre de 2006 de lo que se colige que el a quo no ha efectuado el estudio de autos que corresponde vulnerando por ende el debido proceso más aún si no ha analizado por qué el inmueble se encuentra en dominio del Estado esto es a mérito de un mandato previsto en la ley o por disposición judicial omitiendo señalar la norma aplicable al caso a efectos de discernir si la demandada está o no en la obligación de entregar el inmueble materia de litis.

CUARTO: A mayor abundamiento, de la anotación que obra en el Asiento DOOOO3 de la Partida N° 70056505 registrado el 12 de setiembre de 2006 obrante a fojas 23 se advierte que por resolución judicial de fecha 29 de agosto de 2006 expedida por Juez del Décimo Juzgado Penal del Callao se declaró procedente la medida limitativa de inhibición sobre el inmueble y de la resolución judicial de fecha 16 de diciembre de 2013 corriente a fojas 13 se observa que por auto de procesamiento de fecha 30 de enero de 2007 **se rectificaron las medidas limitativas** de derecho de incautación e inhibición referentes al inmueble en mención soslayando el a quo valorar las pruebas ofrecidas por las partes a fin de analizar el derecho que peticiona la demandante dejando de lado lo que establece el artículo 94 del Código Procedimientos Penales respecto a las medidas dispuestas en un proceso penal las cuales mantendrán su eficacia hasta que sean convalidadas o levantadas por el Juez del proceso conforme lo dispone la Ley N° 27379 la cual en su artículo 6 establece que corresponde al Juez Penal pronunciarse obligatoriamente acerca de la subsistencia o revocación de las medidas limitativas de derechos que el Fiscal solicitó y obtuvo de la autoridad judicial dictando al efecto las disposiciones que correspondan así como lo señalado por el Decreto Legislativo N° 992 modificado por la Ley N° 29212.

QUINTO: De lo precedentemente expuesto se advierte que la resolución apelada incurre en vicio que acarrea su nulidad toda vez que el Juez ha resuelto sin evaluar debidamente los documentos presentados en autos y menos las normas que conllevaron a la inscripción de la medida limitativa del predio lo cual consecuentemente vulnera el derecho del debido proceso por lo que al no haberse emitido pronunciamiento acorde a lo actuado y al derecho se ha incurrido en motivación insuficiente lo cual configura el vicio de nulidad previsto en el artículo 122° numeral 3 del Código Procesal Civil por ende con la facultad conferida por el artículo 176 último párrafo concordante con la norma contenida en el artículo 177 ambos del Código Procesal Civil los Jueces de esta Sala Superior

III.- DECIDEN:

Declarar **NULA** la sentencia apelada obrante a fojas 116 a fojas 121 contenida en la Resolución número ocho de fecha 04 de marzo de 2016 que declara

fundada la demanda en consecuencia ordena que la parte demandada entregue a la parte demandante el inmueble sito en Calle La Pampilla Manzana I-03 Lote 15 Zona Industrial Ventanilla Callao sin costos ni costas; **ORDENARON** al juez de la causa que expida nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta lo expuesto en la presente resolución; en los seguidos por SALERNITANA SAC con PODER JUDICIAL sobre ENTREGA DE INMUEBLE; devolviéndose. Interviene como ponente la Juez Superior Valcárcel Saldaña.-

VALCÁRCEL SALDAÑA LA ROSA GUILLEN

PAREDES FLORES

Juzgado: 15°Juzgado Civil de Lima.
Juez: Jose Altamirano Portocarrero.
Especialista Legal: Ever Bocanegra Llanos.
Demanda: 01-08-2014.
Decisión: 04-03-2016..
Concesorio: 01-06-2016.
Oficio de Elevación: 01-09-2016.
Ingreso a la Sala: 09-09-2016
Vista: 13-01-2017.
Notificación:
/jpzq

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 2674-2008

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Exp. N° 2674-2008. Lima, 16 de setiembre del 2016

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE Nº : 2674-2008
DEMANDANTE : JULIO MENCHELLI CORSI CESIONARIO DEL BANCO CONTINENTAL
DEMANDADO : IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA COLER DEL PERU EIRL
MATERIA : EJECUCION DE GARANTIAS

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO

Miraflores, dieciséis de setiembre
de dos mil dieciséis

SS. ROSSELL MERCADO
RIVERA GAMBOA
GAMERO VILDOSO

VISTOS:

Son materia de apelación por la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros, las resoluciones siguientes: 1) 71, de fecha 07 de enero de 2015 que declara improcedente la suspensión del remate peticionada mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2014; 2) 94 de fecha 11 de agosto de 2015, corregida por resolución 95, que convoca a tercera subasta pública; 3) 97, de fecha 18 de setiembre de 2015 que tiene por programada la fecha de remate en tercera convocatoria.

Interviniendo como ponente el señor Juez Superior ***Rivera Gamboa;***

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La apelación de la resolución 71 se sustenta en los siguientes argumentos:

1. El Juez ha tomado conocimiento que se ha acreditado a lo largo del proceso penal que la adquisición del referido inmueble se produjo con los dineros apropiados del Estado, por lo que la disposición de remate del inmueble lesiona derechos propios del Estado y del interés público, más aún que a la fecha se discute la calidad de decomiso a favor del Estado.
2. El Juez no ha tenido en cuenta lo regulado por el artículo 320 del Código Procesal Civil, que el pedido de suspensión puede ser atendido; inclusive el

juez puede declarar de oficio la suspenmsión del proceso en los casos previstos legalmente y también cuando según su criterio considere que ello resulta necesario.

3. El interés público vulnerado se superpone a los conflictos de índole privado, es decir, el proceso penal prevalece sobre el proceso civil por la naturaleza pública del derecho material que es objeto del primero, constituyéndose dicha circunstancia motivo fundado para que el juzgador suspenda el proceso civil hasta que se resuelva el proceso penal, en este caso, el remate.

SEGUNDO: La apelación contra las resoluciones 94 y 97 se sustenta en los argumentos siguientes:

1. El Juzgado ha dejado de resolver la solicitud de suspensión de remate realizado por la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros y la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, en mérito que en la Resolución 96 se señala que el 4° Juzgado Supraprovincial Penal y la Fiscalía de Lavado de Activos no han remitido copia de las piezas principales e informe del proceso penal Nro. 00055-2008 que ordenó la medida de incautación, expresando que resulta indispensable para resolver la solicitud de suspensión, dejando el acto pendiente hasta que se remita dicha documentación.
2. El Juzgado no ha tenido en cuenta la inscripción en registros públicos de la anotación de la medida cautelar de incautación, la cual está vigente y siendo un documento público suficiente para generar una resolución judicial que acredita la existencia de la referida medida.
3. De haber decidido no resolver la suspensión del remate, cuál sería el propósito de la resolución 97 que programa el remate, si queda pendiente dicho pedido de suspensión. Por lo que continuar con el referido remate no sólo perjudicaría sustancialmente los derechos del Estado Peruano, sino también los derechos de los terceros o tercero que pretenda adquirir esa propiedad, lo que acarrearía responsabilidad funcional por enajenar un bien incautado.
4. El Juzgado no ha tenido en cuenta el Acuerdo Plenario Nro. 05-2010/CJ-116.
5. El Juez ha tomado conocimiento que se ha acreditado a lo largo del proceso penal que la adquisición del referido inmueble se produjo con los dineros apropiados del Estado, por lo que la disposición de remate del inmueble lesiona derechos propios del Estado y del interés público, más aún que a la fecha se discute la calidad de decomiso a favor del Estado.

6. El Juez no ha tenido en cuenta lo regulado por el artículo 320 del Código Procesal Civil, que el pedido de suspensión puede ser atendido; inclusive el juez puede declarar de oficio la suspenmsión del proceso en los casos previstos legalmente y también cuando según su criterio considere que ello resulta necesario.

TERCERO: De autos se aprecia la siguiente secuela procesal relevante:

1. El presente proceso versa sobre la demanda de ejecución de garantías interpuesta por el Banco Continental contra Importadora y Distribuidora Coler del Perú E.I.R.L. (propietario del bien hipotecado) y Ernesto Collazos Pantoja (obligado principal), en el que mediante resolución de fecha 20 de marzo de 2012, se confirmó el auto final del 12 de abril de 2011 que ordena llevar adelante la ejecución, esto es, el remate del inmueble constituido por un edificio de 7 pisos y azotea con frente a la Av. Arenales Nro. 1817-1819, de la Urbanización del Fundo Lobatón, Lince, Lima.
2. Por resolución 68 del 12 de agosto de 2014 (a fojas 305) se convocó a remate en primera subasta.
3. Con fecha 16 de octubre de 2014 (a fojas 323) la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros solicitó la suspensión del remate.
4. Por resolución 70 del 28 de octubre de 2015 (a fojas 329), se puso a conocimiento de la parte demandante el pedido de suspensión de remate, para que absuelva lo pertinente en el plazo de 3 días; y simultáneamente se dispuso *"a efectos de resolver lo pertinente OFICIESE al 4to. Juzgado Penal Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de remita copias certificadas de las principales piezas procesales del expediente 0055-2008 que es tramitado por su judicatura."* (sic)
5. Por escrito del 01 de diciembre de 2014 de fojas 332 la parte demandante absuelve el conocimiento conferido.
6. Por resolución 71 del 7 de enero de 2015, a fojas 336, se declaró improcedente la suspensión del remate, lo que es objeto de apelación.
7. Con fecha 20 de enero de 2015, mediante Oficio Nro. 234-2015-PCM-CONABI-OPR, la Comisión Nacional de Bienes Incautados solicita se suspenda el remate.
8. Por resolución 75 del 22 de enero de 2015, se pone en conocimiento de la parte ejecutante el pedido antedicho.

9. Por escrito del 21 de enero de 2015, se apersona la Procuraduría del Ministerio del Interior y pide la suspensión del remate.
10. Por resolución 76 del 22 de enero de 2015 se pone en conocimiento de la parte ejecutante el pedido referido.
11. El 22 de enero de 2015 se realiza el remate en primera convocatoria, según acta de la fecha, que fue declarado desierto.
12. Por escrito del 11 de marzo de 2013 la parte demandante absuelve el conocimiento conferido.
13. Por resolución 80 del 22 de abril de 2015, se convoca a remate en segunda subasta.
14. Por resolución 81 del 22 de abril de 2015, el Juzgado dispone reiterar el pedido de informe y copias al 4to. Juzgado Supraprovincial penal.
15. El 02 de julio de 2015 se recepciona el Oficio Nro. 055-2008 de la Sala Penal Nacional, con el que se remiten copias del proceso Nro. 0055-2008
16. Por resolución 86 del 8 de julio de 2015 se pone en conocimiento de las partes.
17. Por escrito del 17 de julio de 2015 la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros solicita la suspensión del remate en segunda subasta.
18. El 20 de julio de 2015 se realiza el remate en segunda subasta, según acta de la fecha, declarado desierto.
19. Por resolución 92 del 11 de agosto de 2015 se pone en conocimiento el nuevo pedido de suspensión del remate.
20. Por resolución 94 del 11 de agosto de 2015, corregida por resolución 95 del 18 de setiembre de 2015, se convoca a remate en tercera subasta.
21. Por escrito del 9 de setiembre de 2015 la parte demandante absuelve el conocimiento del pedido de suspensión de remate (tercera subasta).
22. Por resolución 96 del 18 de setiembre de 2015, se tiene por absuelto el conocimiento, dispone que se de cuenta del escrito una vez que sean remitidas las copias certificadas de las principales piezas procesales peticionadas.
23. Por resolución 97 del 18 de setiembre de 2015 se dispone la convocatoria a remate en tercera subasta. El 19 de noviembre de 2015 la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros apela de las resoluciones 94 y 97.

CUARTO: De lo glosado se desprende que el pedido de la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros, de suspensión del remate según escrito del 16 de octubre de 2014, a fojas 323, se formuló cuando la causa se encontraba aún en primera convocatoria, y se sustentó en que el bien hipotecado y bajo orden de remate, se encontraba sujeto a una medida de incautación dispuesta el 03 de diciembre de

2008 (antes del auto final en esta ejecución) en un proceso penal Nro. 0055-2008 seguido ante el 4to. Juzgado Supraprovincial Penal, contra el coejecutado Ernesto Collazos Pantoja, por delito de Lavado de Activos; proceso en el cual se decidiría con la sentencia el decomiso del bien a favor del Estado.

QUINTO: En atención al fundamento del pedido de suspensión de remate, se advierte que en la presente incidencia se encuentra implicada la norma del artículo 102 del Código Penal, que en la época del mandato de incautación tenía el siguiente texto:

> ***"Artículo 102.- Decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito***
> *El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello.*
>
> *El Juez podrá disponer en todos los casos, con carácter previo, la medida de incautación, debiendo además proceder conforme a lo previsto en otras normas especiales."*

SEXTO: El Juzgado por resolución 70 del 28 de octubre de 2015, a fojas 329, dispuso que *"a efectos de resolver lo pertinente OFICIESE al 4to. Juzgado Penal Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de remita copias certificadas de las principales piezas procesales del expediente 0055-2008 que es tramitado por su judicatura."* (sic).

Ello implica que el juzgador consideró necesario para resolver el pedido de suspensión, contar con la información de la causa penal en la que se dictó el mandato de incautación del inmueble hipotecado, que sustentaba el pedido de suspensión del remate, lo cual guardaba perfecta congruencia con el fundamento de dicho pedido y resultaba por tanto razonable para mejor resolver.

Sin embargo, se advierte de autos que no obstante su decisión contenida en la antedicha resolución 70, el Juzgado resolvió por resolución 71 el pedido de suspensión con la sola absolución de la parte demandante y sin aguardar la remisión de las copias del expediente penal que había juzgado necesarias para mejor resolver. El Colegiado considera que esta sola circunstancia resulta suficiente para anular la decisión apelada de conformidad con el artículo 171 del Código Procesal Civil, pues ha sido emitida con autos diminutos, careciendo de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, al no haber respetado el juzgador su propia decisión de requerir mayor información para resolver.

Apreciado el vicio de nulidad incurrido al dictarse la apelada, carece de objeto ingresar a analizar los fundamentos de la apelación que versan, más bien, sobre la fundabilidad del pedido de suspensión, que por la nulidad declarada, se encuentra aún sujeto a un pronunciamiento de primera instancia, que debe expedirse, además, con expreso análisis de la naturaleza y efectos jurídicos de la incautación como medida procesal provisoria precedente al comiso que en base al artículo 102 del Código Penal, pudiera dictarse en el proceso penal como consecuencia accesoria sobre el inmueble hipotecado, y las implicancias que esto tendría respecto de la presente ejecución.

SETIMO: Con relación a las resoluciones 94 y 97 igualmente apeladas, el Colegiado advierte de autos y juzga necesario recalcar, que en el presente caso el juzgador no ha ejercido a cabalidad su función de dirección del proceso, pues se aprecia que no obstante los reiterados pedidos de suspensión de remate formulados por CONABI (Oficio Nro. 234-2015-PCM-CONABI-OPR, del 20 de enero de 2015) y la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros (escritos del 21 de enero y 17 de julio de 2015), el Juzgado por resolución 96 del 18 de **setiembre** de 2015, pospuso su decisión hasta que la Fiscalía Especializada en Lavado de Dinero remita las copias certificadas de las principales piezas procesales supuestamente peticionadas por resolución 81 del 22 de abril de 2015. Sin embargo, dicha resolución 81 no dispone el pedido de copias a la Fiscalía Especializada de Lavado de Dinero, sino únicamente al 4to. Juzgado Supranacional Penal, las cuales fueron remitidas por la instancia superior, la Sala Penal Nacional, con fecha 02 de **julio** de 2015, por lo que lo dispuesto por resolución 96 resultaba innecesario y dilatorio de la decisión que correspondía a los pedidos de suspensión.

OCTAVO: El Colegiado aprecia que la procastinación de la decisión jurisdiccional de primera instancia sobre los pedidos de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y de la Comisión Nacional de Bienes incautados, ha propiciado que prosiga el trámite de la ejecución hasta el punto de haberse llegado hasta esa tercera convocatoria de remate, lo que acarrea el potencial riesgo de originarse una indeseada situación de colisión de derechos de quien pudiera adquirir en adjudicación el inmueble incautado, y una eventual sentencia condenatoria en sede penal con la consecuencia accesoria del decomiso de ese mismo bien a favor del Estado, que agravaría la situación de conflicto y que habría sido propiciada –se insiste- por la inacción del juzgador de no haber zanjado jurisdiccionalmente el asunto en forma oportuna a fin de permitir el ejercicio del derecho de impugnación de quien resulte

afectado con su decisión, antes que se produzca el remate y con ello una mayor complicación de derecho. En ese sentido, cabe acoger los argumentos de apelación glosados como 1) y 3) del considerando segundo, sin ingresar a analizar los demás que atañen a la fundabilidad del pedido de suspensión de remate.

Por tanto, el Colegiado estima que en el caso concreto, corresponde recomendar al juzgador de la causa mayor celo en el ejercicio de su función de director del proceso, y la emisión de los actos procesales con mejor estudio de autos, a fin de preservar la oportunidad y con ello la eficacia de sus decisiones jurisdiccionales, condicionante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que ostentan los justiciables.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, este Colegiado **RESUELVE:**

1. **Declarar NULA** la resolución 71 de fecha 07 de enero de 2015 que declara improcedente la suspensión del remate peticionado mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2014
2. **Declarar INEFICACES** las resoluciones 94 de fecha 11 de agosto de 2015, corregida por resolución 95, que convoca a tercera subasta pública; y 97, de fecha 18 de setiembre de 2015 que tiene por programada la fecha de remate en tercera convocatoria.
3. **RECOMENDAR** al señor Juez de la causa, mayor celo en el ejercicio de su función de director del proceso, y la emisión oportuna y con mejor estudio de autos, de los actos procesales que correspondan.

En los seguidos por **JULIO MENCHELLI CORSI CESIONARIO DEL BANCO CONTINENTAL** contra **IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA COLER DEL PERU EIRL Y OTRO,** sobre Obligación de dar suma de dinero**.**

Notifíquese y ofíciese, conforme a lo dispuesto en el artículo 383 del Código Procesal Civil.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 07776-2014-38

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Exp. N° 07776-2014-38. Miraflores, 03 de mayo del 2016

Poder Judicial
Corte Superior de Justicia de Lima
Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial

SS. ROSSELL MERCADO
RIVERA GAMBOA
GAMERO VILDOSO

Expediente N° 07776-2014-38

Ejecutante	:	BBVB BANCO CONTINENTAL
Ejecutados	:	LUDITH ORELLANA RENGIFO
Materia	:	EJECUCIÓN DE GARANTIA HIPOTECARIA

RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO
Miraflores, tres de mayo del año dos mil dieciséis.-

AUTOS y VISTOS:

ASUNTO:

Es materia de apelación la **Resolución N° 44** (cuya fecha de expedición aparece incompleta en la resolución), en el extremo que declara *"NO CONTINUAR CON EL REMATE del inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, en consecuencia el pedido de fecha de remate solicitada por el Banco demandante resulta IMPROCEDENTE"*.

Interviene como magistrado ponente el **Sr. Rossell Mercado.**

FUNDAMENTOS:

Primero.- Que el banco ejecutante expone como fundamento de su apelación, en síntesis los siguientes agravios:

1.1. Que la Constitución Política del Estado prevé en su artículo 139, inciso 2 que son principios y derechos de la función jurisdiccional que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa

juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución; estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. De ese modo agrega que la Constitución es enfática en señalar que ninguna autoridad puede dejar sin efecto las resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni retardar su ejecución.

1.2. Que no se puede desconocer ni dejar de lado la preferencia registral que tiene el banco sobre los inmuebles materia de ejecución, cuya inscripción data del 31 de octubre de 2012, fecha de presentación del título registral. La prioridad en el registro está recogida en el artículo 2016 del C.C., así la inscripción del acto jurídico de constitución de garantía hipotecaria es anterior al mandato de incautación.

1.3. Que el Decreto Legislativo N° 1104 que regula el procedimiento de incautación señala en el inciso a) del artículo 3°, que a los efectos de la aplicación del decreto legislativo se debe tener en cuenta que se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso, norma que resulta de aplicación al presente caso.

Segundo.- Que de autos se aprecia la siguiente secuela procesal relevante:

2.1. El presente proceso es uno de ejecución de garantía hipotecaria inciado por el BBVA Banco Continental contra Ludith Orellana Rengifo, en el que mediante Resolución N° 08 de fecha 23 de setiembre de 2014 se resolvió llevar adelante el remate, por Resolución N° 10 de fecha 10 de noviembre de 2014 se declaró consentida la Resolución N° 08 y se convocó a primer remate público.

2.2. Por Resolución N° 18 de fecha 12 de enero de 2015 se da cuenta que en el Acto de Pegado de Aviso del Primer Remate Público en el inmueble ubicado en el Noveno Piso, Oficina N° 905 (Avenida Manuel Olguín, distrito de Santiago de Surco), se advierte que obra un aviso donde se lee: Bien Incautado, CONABI – Comisión Nacional de Bienes Incautados, Expediente N° 151-2014 Tercer Juzgado Penal, fecha de incautación el 02 de julio de 2014; como consecuencia de lo observado, se dispone v, disponiendo solicitar informe al Tercer juzgado Penal sobre la referida incautación.

2.3. Con fecha 09 de enero de 2015, El Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros se apersona al proceso y solicita que este se suspenda hasta que se resuelva el proceso penal donde se ordenó la incautación del inmueble ubicado en Avenida Manuel Olguín 501, Oficina 905, distrito de Santiago de Surco.

2.4. Con fecha 12 de enero de 2015, La Procuradora Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Proceso de Perdida de Dominio señala que el inmueble ubicado en Avenida Manuel Olguín 501, Oficina 905, distrito de Santiago de Surco no es un bien libre por encontrase afectado con una medida de incautación dictada por el Tercer Juzgado Penal en el proceso por delito de lavado de activos y otros contra RODOLFO ORELLANA RENGIFO en agravio del Estado.

2.5. Finalmente, recibido el informe del Tercer Juzgado Penal, se emitió la Resolución N° 44 objeto de apelación.

Tercero.- Que de la revisión del presente cuaderno de apelación, fluye que en el marco de la Investigación Preparatoria – Exp. N° 164-2014, seguida contra Rodolfo Orellana Rengifo, Ludith Orellana Rengifo, Benedicto Jimenez Baca y otros por la presunta comisión de los Delitos de Lavado de Activos y Asociación Ilícita para Delinquir, el Tercer Juzgado Penal Nacional mediante la Resolución s/n de fecha 30 de junio de 2014 dispuso la incautación del inmueble ubicado en Avenida Manuel Olguín 501, Oficina 905, distrito de Santiago de Surco y mediante Resolución N° 41 de fecha 17 de diciembre de 2014 ordenó la inscripción en el registro de la incautación ordenada.

Cuarto.- La incautación en materia penal está legislada en el Nuevo Código Procesal Penal – Decreto Legislativo N° 957 tanto en el artículo 218 y siguientes como en el artículo 316 y siguientes:

Artículo 218 Solicitud del Fiscal.-

1. Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.

2. La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.

(...)

Artículo 316 Objeto de la incautación.-

1. Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público.

2. Acto seguido, el Fiscal requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá, sin trámite alguno, en el plazo de dos días.

3. En todo caso, para dictar la medida se tendrá en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal.

El artículo 218° y siguientes regulan la incautación como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos; y el artículo 316 y siguientes regulan la incautación como medida cautelar o de coerción que limita las facultades de dominio sobre los bienes relacionados con el hecho punible.

El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 tomado en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 16 de noviembre de 2010, señala al respecto lo siguiente:

> 8°. La incautación instrumental (artículo 218° NCPP) recae contra (i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra (ii) las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados ...
>
> (...)
>
> 9°. La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitido por ley. [sic]
>
> A. Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa...
>
> (...)
>
> C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delitos de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, paro lo que se requiere una regulación específica.
>
> En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).
>
> (Subrayado agregado]

De acuerdo a la normatividad transcrita y de los hechos expuestos fluye que la incautación dispuesta por el Tercer Juzgado Penal Nacional tiene como objeto la búsqueda y aseguramiento de pruebas y así como evitar el ocultamiento de este efecto u objeto del delito (según sea el caso), y principalmente, en tanto medida cautelar, busca asegurar que al emitirse la sentencia y disponerse el decomiso del bien –como consecuencia accesoria– esta última medida se pueda viabilizar, por estar el bien sujeto a las disposiciones del juzgado penal.

El artículo 102 del Código Penal regula el decomiso de bienes provenientes de delito.

> **Artículo 102. Decomiso de bienes provenientes del delito**
>
> El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.
>
> (...)

Quinto.- La legislación antes referida ha sido dictada como leyes de desarrollo constitucional o reglamentarias de normas constitucionales que establecen el deber-derecho del Estado de administrar justicia en materia penal, leyes que hacen posible que el *ius puniendi* sea ejercido por el aparato estatal, que no solo implica la sanción de las conductas lesivas, sino otras funciones correlativas como el derecho resarcitorio de las víctimas o agraviados. Estas normas adquieren especial relevancia cuando se trata de reprimir delitos que causan alarma en la sociedad por la gravedad con la que afectan los bienes jurídicos objeto de protección, como los delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y otros relacionados con la criminalidad organizada.

La legislación en análisis establece las consecuencias de la comisión de delitos y no hace distinción si los bienes objeto de delito fueron o no introducidos al tráfico comercial por los delincuentes o presuntos delincuentes.

Como se expresó *ut supra*, la propietaria registral del bien inmueble objeto de delito está incursa en una Investigación Preparatoria seguida en su contra y otros por la comisión de los Delitos de Lavado de Activos y Asociación Ilícita para Delinquir, en ese contexto no es razonable sostener que por el hecho que Ludith Orellana Rengifo introdujo al tráfico comercial el inmueble, éste ya no puede ser afectado de ningún modo dentro del marco del proceso penal. En todo caso corresponderá al juez penal al momento de emitir sentencia pronunciarse sobre el destino del bien inmueble, puesto que el artículo 102 del Código Penal establece que los bienes objeto del delito son decomisados, cuando atendiendo a su naturaleza, *no corresponda* su entrega o devolución.

Sexto.- En relación al agravio ***1.1.*** se tiene que la resolución objeto de apelación no está dejando sin efecto el auto final firme dictado en el presente proceso, pues a pesar que declara sin objeto la suspensión de la diligencia de remate que se encontraba dispuesta y mas bien dispone no continuar con el remate del inmueble, tenemos que la medida dispuesta por el a-quo en realidad tiene carácter temporal y es instrumental a lo que el Juez Penal dicte en su oportunidad, razón por la cual no puede prosperar el agravio en análisis.

Sétimo.- En relación al agravio ***1.2.*** en el sentido que no se tomado en cuenta que al caso le es aplicable el principio de prioridad registral a que se refiere el artículo 2016° del Código Civil, como hemos expresado, corresponde al juez penal resolver en definitiva sobre el destino del inmueble objeto de incautación, y sin perjuicio de lo expresado, dicho pronunciamiento requeriría de contradictorio e actividad probatoria, no

propios del trámite de la presente apelación, dilucidación que debería involucrar otros principios registrales como el principio de buena fe registral señalado en el artículo 2014 del mismo código y en concreto la buena fe que debe observar tod apersona que celebra un negocio jurídico como aquel que adquiere un derecho en base a la información del registro, razón por la cual es agravio debe ser desestimado.

Octavo.- En relación al agravio ***1.3.*** que no se ha observado el inciso a) del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1104 que modifica la legislación sobre perdida de dominio, se tiene que esta legislación es aplicable cuando por cualquier causa no es posible iniciar o continuar un proceso penal, que evidentemente no es el caso de autos, por lo que el agravio propuesto debe desestimarse.

Noveno.- Por último debe hacerse énfasis, que lo resuelto por el a-quo, tiene como efecto que se evita el potencial riesgo de generarse una indeseada situación de colisión de derechos de quien pudiera adquirir en adjudicación el inmueble incautado y una eventual sentencia condenatoria en sede penal, en la que se disponga la medida accesoria de decomiso de ese mismo bien en a favor del Estado.

Por las razones expresadas y las normas legales invocadas, los integrantes de esta Sala Superior resolvieron:

CONFIRMAR la **Resolución N° 44** (cuya fecha de expedición aparece incompleta en la resolución), en el extremo que declara *"NO CONTINUAR CON EL REMATE del inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, en consecuencia el pedido de fecha de remate solicitada por el Banco demandante resulta IMPROCEDENTE"*.

En los seguidos por el BBVA BANCO CONTINENTAL con LUDITH ORELLANA RENGIFO sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria. Notificándose.-

JMRM

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 7718-2010-78

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Exp. N° 7718-2010-78. Miraflores, 18 de marzo del 2014

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

EXPEDIENTE Nº : 7718-2010-78
DEMANDANTE : ARAOZ DIAZ, LUIS ALBERTO
DEMANDADO : CANAL BENITES, NESTOR FRANCISCO
MATERIA : OBLIGACION DE DAR SUMA DE DINERO

RESOLUCIÓN NÚMERO CINCO.
Miraflores, 18 de marzo de 2014.

VISTOS: Es materia de grado, la apelación interpuesta por RICARDO QUISPE CASABLANCA contra la resolución 63 de fecha 17 de julio de 2013, obrante en autos a folios 602, que declaró nulas las resoluciones 45, 46, 47 y 48, y nulo el remate realizado.

Interviniendo como ponente el señor Juez Superior **Rivera Gamboa; y**

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La apelación ha sido interpuesta por el adjudicatario, quien argumenta:

1. La subasta se llevó cumpliendo todas las formalidades correspondientes y no se incurrió en ninguna nulidad, además, la nulificante no puede ampararse en el Decreto Legislativo 1104 y su Reglamento D.S. 093-2012-PCM, porque dichas normas entraron en vigencia el 08 de setiembre de 2012 y no pueden tener efecto retroactivo.
2. Acudió a la subasta con la esperanza que el proceso es con arreglo a ley y no para que a posteriori sin fundamento legal se declare nulo el remate y se ordene la devolución del dinero sin siquiera considerar los pagos por gastos administrativos como pago al martillero, arancel por remate, tasas judiciales por notificaciones, ni los intereses que generó el dinero depositado.
3. De acuerdo al Oficio Nro. 27-2011 del 3er. Juzgado Penal Transitorio de Lima, se ha declarado de oficio la prescripción de la acción penal contra el ejecutado en estos autos, Néstor Francisco Canal Benites por el presunto encubrimiento real en agravio del Estado, por tanto el Estado no puede en el llamado “Pérdida de dominio” pretender el derecho sobre el bien materia de litis.

4. El nulificante es ajeno a la presente acción, por lo que todas las resoluciones 45, 46, 47 y 48 son válidas.

SEGUNDO: El presente proceso es uno de obligación de dar suma de dinero seguido contra Néstor Francisco Canal Benites, en el que se ha emitido ya auto final de fecha 28 de marzo de 2011, a fojas 12, que goza de la autoridad de cosa juzgada. Es así que en la etapa técnica de la ejecución forzada, se dictó con fecha 13 de enero de 2011, a fojas 53, medida de ejecución de embargo en forma de inscripción sobre el inmueble Oficina 601 del edificio sito en Avenida Javier Prado Nro. 309, San Isidro, Lima, que aparecía registralmente como de propiedad del ejecutado. Dicho embargo fue debidamente inscrito con fecha 16 de mayo de 2011, según se advierte del asiento D00002 de la Partida Registral Nro. 41393696, a fojas 416.

TERCERO: Con fecha 5 de marzo de 2013, a fojas 419, el ejecutante solicita se ordene el remate del inmueble afectado en garantía, y que el martillero designado realice los actos necesarios; para tal efecto adjunta el certificado de gravámenes actualizado del bien, del que se observa (fojas 418) que en el asiento D0004 de la partida registral antedicha obra inscrita con fecha 11 de setiembre de 2012, una medida de incautación del bien dispuesta por Resolución del 05 de abril de 2002, emitida por el 3° Juzgado Penal Liquidador Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, ordenada inscribir por mandato del 05 de setiembre de 2012, en la instrucción seguida contra Luis Venero Garrido y otros, por los presuntos delitos Contra la Administración Pública.

CUARTO: En mérito del pedido del ejecutante, por resolución 45 del 13 de marzo de 2013 se autorizó al martillero nombrado en autos, señale nuevo día y hora para la diligencia de primer remate; y comunicada que fue dicha fecha y hora por el martillero, a folios 423, por resolución 46 se tiene presente la fecha indicada, disponiéndose la publicación de los avisos respectivos. Por resolución 47 de fojas 430 se tiene por presentada el acta de pegado de cartel, y por resolución 48 se tiene por presentadas las publicaciones de los avisos de remate. Finalmente, con fecha 02 de mayo de 2013 a fojas 444, se realizó el remate del bien, resultando adjudicatario el apelante.

QUINTO: Así, como puede verse, los actos procesales anulados son de carácter preparatorio del remate del inmueble afectado en ejecución, y el remate mismo producido con posterioridad a que se inscribiese en los Registros Públicos la medida judicial de incautación del inmueble sub materia, siendo que recién con fecha 27 de mayo de 2013, a fojas 509 se apersona el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, en representación de la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI y deduce la nulidad de actuados pretendiendo retrotraer la causa hasta la

resolución 30 inclusive, lo que sin embargo no fue acogido sino en los términos de la recurrida, enervándose sólo las resoluciones 45, 46, 47, 48 y el remate.

SEXTO: Este Colegiado estima que la recurrida ha sido emitida con arreglo a derecho y sujeción al mérito de lo actuado, pues dado que el bien afectado en este proceso era también objeto de una medida de incautación judicial debidamente inscrita desde el 11 de setiembre de 2012, y ello constaba ya en este proceso en mérito del Certificado de Gravámenes presentado por el ejecutante con fecha 5 de marzo de 2013 (antes de la resolución 45) resultaba imperativo incorporar a la secuela de la ejecución a quien sin ser propietario del bien, ostentaría sin embargo facultades legales sobre el mismo a fin que como tercero con interés pueda ejercer su defensa con sujeción al debido proceso, cuya afectación determina la nulidad prevista por el artículo 171 del Código Procesal Civil.

SETIMO: Así, se tiene que la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nro.1104 de fecha 18 de abril de 2012 crea la Comisión Nacional de Administración de Bienes Incautados - CONABI, "*adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, arrendamiento, asignación en uso temporal o definitiva, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado correspondientes al presente Decreto Legislativo, así como los contemplados en las normas ordinarias o especiales sobre la materia."*

Dicha CONABI tiene entre sus funciones, de acuerdo a la Segunda Disposición Complementaria Final:

> *a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.*
>
> *b) Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.*
>
> *c) Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados, para proceder conforme a sus atribuciones.*
>
> *d) Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.*
>
> *e) Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos.*
>
> *f) Dictar las medidas que deberán cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.*
>
> *g) Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, que sean incautados o decomisados.*

h) Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, incautados o decomisados, sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro.

i) Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas.

j) Suscribir los convenios de administración de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, con entidades públicas y privadas.

k) Proponer el presupuesto de la CONABI y los recursos destinados al mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

l) Las demás que señale el Reglamento.

OCTAVO: En ese orden de ideas, es evidente que no podía llevarse adelante el remate del bien afectado, prescindiéndose de la participación procesal de dicha institución, que si bien no es parte, como bien aduce la apelante, sin embargo reviste la calidad de tercero con interés, titular además de facultades que le advienen de la ley y no de acto privado, no siendo atendible el argumento de la aducida irretroactividad de la norma que la crea (el Decreto Legislativo Nro. 1011), por cuanto por aplicación inmediata de las normas, la competencia de dicha institución opera desde su creación, debiendo en todo caso determinarse las implicancias y alcances de su tal competencia en el caso concreto respecto del bien embargado judicialmente con anterioridad a su creación, lo que se determinará por la primera instancia con la garantía del contradictorio posibilitado precisamente por la anulación de los actos de ejecución realizados con la omisión anotada; no siendo esta la instancia en que deba definirse la pertinencia o no respecto del ejecutado, del proceso de pérdida de dominio cuya ineficacia argumenta el apelante refiriendo a la prescripción de la acción penal en contra de aquél.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, este Colegiado **RESUELVE: CONFIRMAR** la resolución 63 de fecha 12 de octubre de 2012.

En los seguidos por **ARAOZ DIAZ, LUIS ALBERTO** contra **CANAL BENITES, NESTOR FRANCISCO,** sobre **OBLIGACION DE DAR SUMA DE DINERO**.

Notifíquese y devuélvase consentida y/o ejecutoriada que sea la misma, conforme al artículo 383 del Código Procesal Civil.-

LA ROSA GUILLÉN MARTEL CHANG

RIVERA GAMBOA

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 579-2008-135-2001-JR-PE-03

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Sala Penal Nacional. Exp. N° 579-2008-135-2001-JR-PE-03. Lima, 16 de diciembre del 2013

SALA PENAL NACIONAL

EXP. N°579-2008-135-2001-JR-PE-03 **SS. VALLADOLID ZETA**
INGA MICHUE
VASQUEZ BUSTAMANTE

Lima, dieciséis de diciembre de dos mil trece.-

AUTOS Y VISTOS:

En la fecha, puestos los autos a despacho para resolver, la solicitud de desafectación de bien inmueble presentado por el representante de la persona jurídica **SALERNITANA SAC.**, en el proceso que se sigue contra Fernando Zevallos Gonzales y otros por delito de Lavado de Activos, en agravio del estado; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO.- Que, por escrito de fojas 280, la Empresa **SALERITANA SAC.**, solicita la administración de la posesión del inmueble ubicado en la Calle La Pampilla Mz. I-03, Lt. 15, zona industrial de Ventanilla- Callao, en razón de haber sido adquirido mediante remate público convocado por la SUNAT, conforme adjunta la documentación y el derecho de propiedad que les asiste sobre el inmueble en referencia.

SEGUNDO.- Que, por auto de procesamiento obrante a fojas 119, de fecha 30 de Enero del 2007 se rectificaron las medidas limitativas de derecho de incautación e inhibición respecto del bien inmueble ubicado en Calle La Pampilla Mz. I-03, Lt. 15, zona industrial de Ventanilla- Callao.

TERCERO.- Que, siendo esto así la empresa solicitante al momento de realizar la compra del referido inmueble, mediante remate público convocado por la **SUNAT,** ha tenido pleno conocimiento de los gravámenes y cargas inscritos en Registros Públicos conforme se puede advertir en copia certificada obrante a fojas 295 y 296; por lo que estando al principio de publicidad previsto en el artículo 2012 ° del Código

Civil que señala: ***"Se presume sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones"*** . Asimismo se debe tener en cuenta el artículo 2014 del código civil que señala: ***"(…) La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro."***

Por los fundamentos antes expuestos los integrantes del Colegiado "F" de la Sala Penal Nacional resuelven:

Declarar **IMPROCEDENTE LA SOLICITUD DE LA MINISTRACION DE LA POSESIÓN DE INMUEBLE PRESENTADO POR LA EMPRESA SALERNITANA S.A.C;** ubicado en la calle La Pampilla Mz I- 03, Lt. 15, zona industrial de Ventanilla - Callao; dejando a salvo su derecho para hacerlo valer en la vía correspondiente. Notifíquese.-

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 02674-2008-0-1817-JR-CO-11

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 11° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 02674-2008-0-1817-JR-CO-11. Lima, 07 de enero del 2015

11°JUZGADO CIVIL-COMERCIAL

EXPEDIENTE : 02674-2008-0-1817-JR-CO-11
MATERIA : EJECUCION DE GARANTIAS
ESPECIALISTA : BEJARANO BRINGAS, MIGUEL ANGEL
MARTILLERO : ZEVALLOS ALVA MARIA ANGELA ,
PERITO : ACUÑA GRANADOS, FLOR ELIZABETH
AMPUERO GONZALES, ROSARIO DEL CARMEN
FLORES BRAVO, LUIS ENRIQUE
LIZARRAGA DIEZ CANSECO, FERNANDO
TERCERO : CARLOS COSAVALENTE CHAMORRO SUCESOR PROCESAL DE LA PROCURADORIA PUBLICA A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR ,
DEMANDADO : COLLAZOS PANTOJA, ERNESTO
IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA COLER DEL PERU EIRL ,
DEMANDANTE : JULIO MENCHELLI CORSI CESIONARIO DEL BANCO CONTINENTAL ,

RESOLUCION Nro° SETENTA Y UNO
Lima, siete de enero del
Dos mil quince.-

AUTOS Y VISTOS : Dando cuenta el escrito que antecede **A LOS AUTOS** : Téngase por absuelto el traslado conferido mediante resolución setenta y ***ATENDIENDO : PRIMERO :*** Que mediante escrito de fecha **16/10/2014** el tercero ***Carlos Enrique Cosavalente Chamorro Procurador Publico de la Presidencia del Consejo de Ministros*** solicita la suspensión del remate ya que a lo largo de este proceso esta judicatura tiene conocimiento de que el inmueble sitio en la Avenida Arenales N° 1817-1819, Distrito de Lince-Lima se encuentra incautado, mediante resolución judicial expedida por el juez del ***4° Juzgado Penal Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Lima***, ya que se ha acreditado a lo largo del proceso penal que la adquisición del referido inmueble se produjo con el dinero producto del delito de Lavado de Activos, por lo que en estos casos la materia en conflicto de índole privado, es decir el proceso penal prevalece sobre el proceso civil por la naturaleza pública del derecho material que es objeto del primero, constituyéndose dicha circunstancia motivo fundado para que el Juzgador suspenda el Proceso Civil hasta que se resuelva el Proceso Penal, **SEGUNDO :** Que corrido traslado de la suspensión formulada por el tercero, el

demandante cumple con absolver el traslado conferido mediante resolución setenta en base a los términos que se indican en el presente escrito. **TERCERO** : Que pasando a resolver dicha incidencia hay que indicar que la presente causa versa sobre un proceso de ejecución de garantías la misma que se encuentra en el estado de ejecución contando el demandante con una sentencia debidamente consentida, y que si bien es cierto el procurador publico alega que sobre el bien materia a rematar se encuentra incautado mediante resolución judicial expedida por el juez del ***4° Juzgado Penal Supraprovincial*** , cierto es también que obra un derecho inscrito con anterioridad a la incautación que alega el procurador. **CUARTO** : A que asimismo la parte demandante ha hecho valer un derecho inscrito en el registro de propiedad inmueble correspondiente, lo que le confiere la presunción de conocimiento prevista en el artículo 2012 del Código Civil. **QUINTO**: Que, a mayor abundamiento se tiene presente que el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, según lo normado por el artículo 2013 del mismo cuerpo legal. ***SEXTO*** : Que, por las consideraciones expuestas lo alegado no resultan amparables, tanto más aún que no se ha desvirtuando la vigencia del derecho materia de ejecución, que derivado de un derecho real goza de los derechos de persecución, siendo ello y estando a los argumentos esgrimidos en la presente resolución se ordena declarar : ***IMPROCEDENTE LA SUSPENSION DE REMATE peticionado mediante escrito de fecha 16/10/2014***

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 07776-2014-0-1817-JR-CO-02

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 2° Juzgado Civil Comercial
Exp. N° 07776-2014-0-1817-JR-CO-02

2° JUZGADO CIVIL-COMERCIAL
EXPEDIENTE : 07776-2014-0-1817-JR-CO-02
MATERIA : EJECUCION DE GARANTIAS
ESPECIALISTA : GARAY GONZALES, PATRICIA MILAGROS
DEMANDADO : ORELLANA RENGIFO, LUDITH
DEMANDANTE : BBVA BANCO CONTINENTAL

Resolución Nro. CUARENTA Y CUATRO
Miraflores, dieciocho del
Dos mil quince.-

Puesto a Despacho y revisados los Autos: PRIMERO: Que, el presente proceso de Ejecución de Garantías ha sido demandado por el Banco Continental con fecha 30 de julio del 2014, a fin de hacer el cobro de un pagaré por la suma de US$ 192,816.80 dólares americanos que no habiendo sido cancelada por la demandada Ludith Orellana Rengifo, solicitan la ejecución de garantía de cuatro bienes de esta deudora, una oficina y tres estacionamientos hipotecas que fueran formalizadas mediante la escrituras pública del 24 de octubre del 2012, no habiendo efectuado contradicción la emplazada se procedió a emitir el Auto final con fecha 23 de septiembre del 2014[1], y la resolución diez que convocó a remate en primera subasta respecto de los inmuebles materia de ejecución inscritos en las Partidas N° 12791193, 12791737, 12791738 Y 12791740 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, mediante resolución catorce de folios 247 se fijó la fecha del remate en primera convocatoria para el día diecinueve de enero del año en curso a horas once de la mañana, esta fecha fue dejada sin efecto mediante la resolución veintitrés de fecha dieciséis de enero del 2015.

Debemos indicar que el Procurador Público del Consejo de Ministros, la Procuradora Pública Especializada en Delitos de Lavados de Activos y Procesos de Perdida de dominio, la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI y el Tercer Juzgado Penal Nacional, debe tenerse por apersonados y tener legitimo interés respecto lo que se resuelva sobre el bien ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco.

[1] Obra a fojas 148 de autos.

SEGUNDO: Con Oficio Nº 009-2014-PCM/CONABI-SE don Bruno Plasencia Moscoso Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI, obrante en autos a fojas 322, hace de conocimiento que en el Tercer Juzgado Penal Nacional (ahora Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional) con resolución de fecha 30 de junio del 2014 ordenó la incautación del inmueble ubicado en la Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, inscrito en la Partida Registral Nº 12791193, dentro del Cuaderno de Medida Cautelar Exp. N° 164-2014-6, seguido en la Investigación Preparatoria (Exp. N° 164-2014) contra Rodolfo Orellana Rengifo y otros, por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado, indicando además haber recibido el inmueble de conformidad al acta de entrega de inmueble y bienes muebles incautados, para lo cual adjunta el acta a fojas 321 de autos, **solicitando la suspensión de la diligencia judicial de remate del bien que estuvo programado para el día diecinueve de enero del 2015.**

TERCERO: Que, a folios 328 corre el escrito que presentó el Procurador Público del Consejo de Ministros Carlos Enrique Cosavalente Chamorro, a través del cual se apersonó al proceso y **solicitó** a) **la sucesión procesal de la parte ejecutante**, y que se continúe el proceso con dicha Procuraduría, aduciendo que mediante Decreto Legislativo N° 1104 que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio, se creó la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (2da. y 4ta. Disposición complementaria y final de dicho Decreto Legislativo), y que en virtud a la Segunda disposiciones complementarias transitorias[2], la CONABI asume el objeto, bienes, presupuestos y competencia de la OFECOD (Oficina Ejecutiva de Control de Drogas) del Ministerio del Interior, por lo que se realizó la transferencia del proceso en marco a la norma antes señalada a la CONABI quien lo recibió el 02 de julio del 2014 para su competencia; y b) **la suspensión del proceso y**

[2] **Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1104.-** Transferencias para la CONABI La CONABI asume el objeto, bienes, presupuesto y competencias de: a. El Fondo Especial de Administración de Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado - FEDADOI; b. La Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados - COMABID, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; c. La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas - OFECOD, del Ministerio del Interior. En un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles computados desde el día siguiente de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, dichas entidades informarán y, de ser el caso, transferirán progresivamente a la CONABI, bajo responsabilidad, la totalidad de los bienes, dinero y especies incautadas y decomisadas que obren en su poder, debidamente inventariados, señalando el estado situacional en que se encuentren, su ubicación territorial y entregando el acervo documentario a su cargo. En tanto no opere la transferencia, la entidad transferente mantiene la responsabilidad de la custodia y administración de los bienes a su cargo. De resultar necesario, y para efecto de la transferencia de créditos presupuestarios de los pliegos respectivos a favor de la Presidencia del Consejo de Ministros, ésta se realiza mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros.

el remate programado para el diecinueve de enero último, hasta que se resuelva el proceso penal dónde se incautaron los inmuebles materia de ejecución; y que el proceso penal prevalece sobre el proceso civil, por cuanto el interés público vulnerado se antepone a los conflictos de índole privados. Añade también por escrito de fecha catorce de enero del 2015 que obra en autos a fojas 465 a 466 que la incautación del inmueble fue observada por Registrador Público y que el Tercer Juzgado Penal Nacional se encontraba subsanado la misma, por otro lado precisa que dicha incautación se encuentra inscrita en el RENABI 465 de conformidad a lo dispuesto por los artículos 35,36 y 37 del Decreto Supremo 093-2012-PCM, tal como se desprende del Memorándum Nº 003-2015-PCM/CONABI-RENABI del 13 de enero del 2015, obrante en autos a fojas 464.

CUARTO: Que, asimismo, a folios 422 corre el escrito presentado por la Procuradora pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Proceso de Pérdida de Dominio, doctora Julia Príncipe Trujillo, quien hace de conocimiento del Juzgado que el inmueble inscrito en la Partida N° 12791193 sujeto a remate "No es un bien libre por encontrarse afectado con una medida de incautación judicial dictada por el Tercer Juzgado Penal Nacional, con fecha 30 de junio del 2014 (Expediente N° 151-14-1), en la investigación seguida contra Rodolfo Orellana Rengifo y otros, por delito de Lavado de Activos y otro, en agravio del Estado", agregando que la medida de incautación dictada el treinta de junio del 2014 de conformidad a lo dispuesto por el Juez de la medida mediante la resolución cuarenta y uno del 17 de diciembre del 2014, tiene una duración por el plazo que dure la investigación, esto es hasta su culminación de la investigación. Es así que pone a conocimiento del Juzgado que el bien que es materia de este proceso se encuentra con medida de incautación correspondiente.

QUINTO: Que, a folios 427 obra el Oficio remitido por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria, quien informa al Juzgado que Por resolución 41, de fecha 17.12.14, dispuso la inscripción de la medida de incautación dispuesta mediante resolución de fecha 30.06.14, recaída sobre el inmueble inscrito en la Partida N° 12791193¨, para lo cual adjuntó copia de la resolución 41 y del oficio remitido a los Registros Públicos, para la inscripción preventiva de la medida de incautación dictada por resolución del 30 de junio del 2014, de lo que se aprecia que respecto a la duración de la medida de incautación, indica el Juez que será lo que dure la investigación o del proceso.

SEXTO: La parte demandante en su escrito del seis de febrero y del ocho de mayo del 2015 se sustentan en que los por la teoría de los hechos cumplidos al momento de pedir la autorización para nueva fecha de remate la incautación no se encontraba inscrita en registros públicos de lima, no habiendo sido público, sustenta además en que el bien inmueble no está calificado aún como prueba, sino que se ha promovido al inicio de la investigación, cita parte del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorios que dicto el acuerdo plenario número 05-2010/CJ-116 que hace afirmación que la incautación tiene una configuración dual como medida de búsqueda de prueba y restricción de derechos propiamente, y que su función primordial es conservativa de aseguramiento de fuente de prueba material y probatoria que ha de realizarse en el juicio oral, necesaria para esclarecimientos hechos investigados, acreditación del hecho punible asegura se utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba. Además precisa que debe aplicarse el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución del Perú que dispone que ninguna autoridad pueda avocarse a causas pendientes ante el órgano judicial ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estando a que el ejercicio de su derecho de buena fe y el auto final se encuentra firme considera que se debe proseguir con el remate de los bienes dados en garantía.

SETIMO: De conformidad a lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 093-2012-PCM Reglamento del Decreto Supremo 1101 dispone que el Presidente del Consejo Directivo ejerce la representación de la CONABI ante las entidades públicas y privadas, nacionales y del exterior, es el encargado de hacer cumplir los Acuerdos del Consejo Directivo, aprueba los actos de competencia y supervisa la gestión administrativa de la CONABI, **esta institución se encarga de la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, arrendamiento, asignación en uso temporal o definitiva, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado**, contemplados en dicho Decreto Legislativo, así como los previstos en las normas ordinarias o especiales sobre la materia.

OCTAVO: En los presentes autos se dio inicio del proceso con resolución uno del primero de agosto del dos mil catorce, el mismo que contiene el mandato de pago que fuera expedido con desconocimiento que con fecha 30 de junio del dos mil catorce el Tercer Juzgado Penal Nacional había dispuesto la incautación del inmueble materia de

remate en la presente litis, si bien esta no se encontraba inscrita, sin embargo el mandato surte todos sus efectos, más aún cuando en la presente causa recién se tomo noticia de ello, al momento que la Secretaria de Actos Externos Ana María Pantoja Portugués a folios 268 en el acta de pegado de aviso del primer remate público en la inmueble materia de ejecución, consignó que ***"en el noveno piso Oficina N° 905 con puertas de lunas se lee…. CONABI – COMISION NACIONAL DEL BIENES incautados bienes incautados, prohibido el ingreso, Expediente N° 151-2014, Tercer Juzgado Penal – Resolución N° 30-06-2014, fecha de incautación 02-07-2014",*** lo que motivo la emisión de la resolución dieciocho de folios 281, dónde se ordenó cursar Oficio al Tercer Juzgado Penal Nacional, para que remitiera al Juzgado copias certificadas de la resolución que ordenó la incautación del inmueble, inscrito en la Partida N° 12791193 del inmueble de destinado a oficina y respecto de los tres Estacionamientos.

NOVENO: Que, en autos se encuentra a folios 826 la copia literal actualizada de la Partida N° 12791193 de Registros Públicos de Lima dónde consta inscrita la hipoteca sub litis en, asiento D00005, con fecha 06.11.12 (página 9 de 9), y a folios 839 obra la en el asiento D00006, con fecha 26.01.15 (página 10 de 10) la inscripción preventiva de incautación cautelar, a folios 839 corre la copia literal presentada por la Procuradora Pública de Delitos de Lavado de Activos Julia Príncipe Trujillo, dónde consta inscrita en la Partida N° 12791193, asiento D00006 la inscripción preventiva de medida de incautación cautelar (página 10 de 10), dónde figura "Por resolución nro. 41 de fecha 17/12/29014, expedida por el 3° Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializada en Crimen Organizado, se ordena la inscripción de la medida de incautación sobre el inmueble inscrito en la presente partida, en el proceso penal que se sigue contra Rodolfo Orellana Rengifo, Ludith Orellana Rengifo y otros, por el delito de Lavado de Activos y otros, en agravio del Estado, Expediente N° 164-2014-1, con la cual resulta público la medida de incautación de uno de los bienes materia de remate en la presente causa, que es el ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, inscrito en la Partida Registral Nº 12791193.

DECIMO: Que, en este orden de ideas tenemos que en el proceso son cuatro bienes que se encuentran pendientes de remate siendo el inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, inscrito en la Partida Registral Nº 12791193, así mismo tres estacionamientos número 32, 33 y 35 ubicados en el Primer sótano Las Tres Marías Nº 130 del Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, sin embargo solo la oficina es la que se encuentra con incautación dispuesta por el Tercer Juzgado Penal Nacional, en tal sentido

corresponde indicar que respecto a los tres estacionamientos al no existir ninguna medida se encuentra en la disponibilidad de que la parte ejercite su derecho a rematar los mismos, en tal sentido corresponde a la parte demandante indicar lo pertinente.

DECIMO PRIMERO: Que, en cuanto al inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, es necesario señalar que encontrándose debidamente acreditado en autos que mediante resolución del treinta de junio del Tercer Juzgado Penal Nacional ha dictado las siguientes medidas en las cuales se encuentra involucrado el inmueble antes mencionado, como son: ¨…B) MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHO DE ALLANAMIENTO Y DESCERRAJE CON LA FINALIDAD DE PROCEDERSE A LAS DETENCIONES PRELIMINARES SOLICITADAS Y REGISTROS DE DICHOS INMUEBLES CON LOS FINES DE UBICAR E INCAUTAR…;…DESERRAJE Y ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE DETENCION, REGISTRO E INCAUTACION DE INMUEBLES, BIENES, DOCUMENTOS, LIBROS CONTABLES, EQUIPOS INFORMATICOS, DISPOSITIVOS Y TODO AQUELLO QUE TENGA VINCULACION CON EL DELITO DE LAS SIGUIENTES PERSONAS JURIDICAS… ORELLANA ASESORES CONSULTORES SAC…¨; Y ALLANAMIENTO Y DESARRAJE CON LA FINALIDAD DE PROCEDERSE A LAS DETENCIONES PRELIMINARES SOLICITADAS Y REGISTRO DE DICHOS INMUEBLES COIN EL FIN DE UBICAR E INCAUTAR… INMUEBLE DONDE LA EMPRESA ORELLANA ASESORES Y CONSULTORES SAC funcionó…¨, Ahora bien de acuerdo al VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorios que dicto el acuerdo plenario número 05-2010/CJ-116 la incautación en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos – propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- (artículo 218 al 223 del Nuevo Código Procesal Penal) y otra como medida de coerción –con una típica función cautelar- (artículo 316 al 320 del NCPP), en ambos casos precisa que es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible, precisando que en el primer caso tiene una función conservativa de aseguramiento de fuente de prueba material y luego probatoria que ha de realizarse en un juicio oral, y en el segundo tiene una función es sustancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

DECIMO SEGUNDO: Que, se advierte de la resolución de fecha 30 de junio del 2014 emitida por el Tercer Juzgado Penal Nacional dispuso la incautación del bien ubicado

en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, por ser el inmueble donde la empresa ORELLANA ASESORES Y CONSULTORES SAC funcionó, si a ello agregamos que teniendo en cuenta lo dispuesto por el **Artículo 218 del Código Procesal Penal cuando la Solicitud del Fiscal será: 1.** Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal Penal Supranacional Especializada en Criminalidad Organizada, **solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa**. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias, en tal virtud podemos concluir que el pedido del Fiscal Penal Supranacional Especializada en Criminalidad Organizada se debió a que el bien, antes indicado, teniendo relación con el delito de lavado de activos y pérdida de dominio en agravio del Estado, que se le imputa a Rodolfo Orellana Rengifo, Ludith Orellana Rengifo y otros, cierto es que aún no son prueba del proceso, también lo es que la incautación es precisamente un medio por el cual busca pruebas y restringe de derechos como medida instrumental restrictiva de derechos teniendo allí una función conservativa de aseguramiento de fuente de prueba material y luego probatoria que ha de realizarse en un juicio oral, ante ello atendiendo a su finalidad y legalidad de la incautación que fue dispuesta antes de la interposición de la demandan de ejecución de garantía, corresponde que ahora conocido su mandato, su finalidad e importancia de que la institución formalmente creada para ello como es CONABI mantenga en posesión del inmueble, tal como se desprende de la constancia de entrega de documentos, siendo el día dos de julio del dos mil catorce en el que se le hizo entrega de la detención preliminar, allanamiento y de función conservativa de aseguramiento de fuente de prueba material y luego probatoria que ha de realizarse en un juicio oral, descerraje con los una vez que en autos se encuentra el mandato de incautación y del acta que si bien no hay fecha si acredita la entrega del bien inmueble incautado, para cumplir con ello no corresponde la continuación de la presente causa, en cuanto al remate del bien dado en garantía del inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco.

DECIMO TERCERO: Que si bien el gravamen de hipoteca del inmueble materia de ejecución inscrito en la Partida N° 12791193, asiento D00005, página 9 de 9, se inscribió con fecha **06 de noviembre del 2012,** mientras que la inscripción preventiva de incautación cautelar recién se hizo en la Partida N° 12791193, asiento D00006, página 10 de 10, con fecha **26 de enero del 2015,** ello no implica que debemos proseguir con el remate del bien, por lo que allí se aprecia es el rango con el que cada

inscripción tienen y además no es de la inscripción de la incautación que se desprende su obligatoriedad, sino del mandato que emana de la resolución de fecha 30 de junio del 2014 emitida por el Tercer Juzgado Penal Nacional quien dispuso la incautación del bien ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco a pedido de la Fiscal Penal Supranacional Especializada en Criminalidad Organizada.

DECIMO CUARTO: Que, en el presente caso no es que se está dejando de lado la ejecución del auto final que se encuentra en ejecución, ni mucho menos exista trasgresión del numeral 2 del artículo 139 de la Constitución sino que precisamente en atención a ello, es que en el presente proceso cuando el Acto Externo se realizó el pagado de cartel, por primera vez se conocido del mandato de incautación del Tercer Juzgado Penal Nacional quien dispuso la incautación del bien ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, a pedido de la Fiscal Penal Supranacional Especializada en Criminalidad Organizada, solicitando inmediatamente a dicho Juzgado Penal la información, dándonos con la noticia que el mandato de incautación del bien fue efectuado con anterioridad al inicio de la ejecución en el presente proceso, e incluso antes de la presentación de la demanda, por lo tanto antes de la ejecución del presente proceso existía el mandato de incautación, que también se encontraba surtiendo efectos, incautación que consideramos de imperiosa necesidad de atender, por el aseguramiento de fuente de prueba material y luego probatoria que ha de realizarse en un juicio oral, en este proceso que resulta compleja la etapa de investigación, debiendo ejercitar sus facultades la entidad de CONABI de conformidad a lo dispuesto por el Decreto Legislativo Número 1104 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 093-2012-PCM sobre el inmueble incautado, por lo que no puede llevarse a cabo el remate del mismo en el presente proceso, por cuanto con una posible adjudicación, imposibilitaría el cumplimiento de dicho mandato de incautación, concluyendo de todo este análisis que no resulta atendible el pedido de continuación de remate del bien inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco.

DECIMO QUINTO: Que, el CONABI y el Procurador Público del Consejo de Ministros han solicitado la suspensión de la diligencia de remate que se encontraba dispuesta para el día diecinueve de enero del 2015, sin embargo en autos mediante **la resolución Veintitrés del dieciséis de enero del dos mil quince** se ha dispuesto la suspensión de dicho remate en atención a defectos de notificación, por lo tanto dicho

pedido resulta que se habría dado, sin la necesidad de atender a lo solicitado por estas instituciones.

DECIMO SEXTO: Que, el Procurador Público del Consejo de Ministros han solicitado la sucesión procesal de la parte ejecutante, para ser considerado como tal en el presente proceso de estar conforme a lo dispuesto por el artículo 108 del Código Procesal Civil y no estando dentro de ninguna de las cuatro causales lo invocado por este Procurador resulta improcedente el pedido, más aún teniendo en cuanta que el derecho discutido en el presente proceso es una obligación de pago que tiene la demandada Ludith Orellana a su acreedor hipotecario Banco Continental, que se desprende la acreencia de la obligación contenida en el pagaré de autos.

DECIMO SETIMO: Que, el Procurador Público del Consejo de Ministros y la Procuradora Pública Especializada en Delitos de Lavados de Activos y Procesos de Perdida de dominio han solicitado el primero la suspensión del proceso y la segunda pone en conocimiento los hechos de la incautación y más a fin que el Despacho asuma las acciones que corresponda, en principio debemos indicar que el presente proceso no puede ser suspendido en virtud como ya indicáramos anteriormente, aquí se viene ejecutando cuatro inmuebles dados en garantía y solo uno de ellos esta con mandato de incautación, por ello no corresponde que se suspenda el proceso ya que no existe impedimento que los tres estacionamientos que son materia de hipoteca sean rematados por el acreedor ejecutante Banco, solo como indicáramos no puede proseguirse con el remate de la oficina ubicada en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco, por otro lado debemos indicar que con la información de la Acto Externo de este Juzgado se solicito información de la incautación que afectaba a dicho inmueble al Tercer Juzgado Penal Nacional quien habiendo proporcionado la información completa respecto a la incautación estamos indicando que no puede proseguirse con el remate de dicho bien.

Por todos los fundamentos antes expuestos y las normas glosadas en la presente resolución el Segundo Juzgado Comercial **RESUELVE:**

1.- Declarar **IMPROCEDENTE** la sucesión procesal formulada por el Procurador Público del Consejo de Ministros, doctor Carlos Enrique Cosavalente Chamorro.

2.- Declarar **NO CONTINUAR CON EL REMATE** del inmueble ubicado en Av. Olguín 501, Oficina 905, Distrito de Santiago de Surco. En consecuencia el pedido de fecha de remate solicitada por el Banco demandante resulta **IMPROCEDENTE** por los motivos expuestos en los párrafos precedentes.

3.- Declarar **SIN OBJETO** la suspensión de la diligencia de remate que se encontraba dispuesta para el día diecinueve de enero del 2015 solicitada por el CONABI y el Procurador Público del Consejo de Ministros, por haber sido suspendida la misma mediante resolución **la resolución Veintitrés del dieciséis de enero del dos mil quince**.

4.- Declarar que el Banco Continental tiene **EXPEDITO SU DERECHO PARA SOLICITAR EL REMATE** de los bienes compuestos por los **tres Estacionamientos** número 32, 33 y 35 ubicados en el Primer sótano Las Tres Marías Nº 130 del Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima y continuar la causa para la realización de estos.

4.-. Disponer al Notificador de la presente causa que cumpla con Notificar al Procurador Público del Consejo de Ministros, la Procuradora Pública Especializada en Delitos de Lavados de Activos y Procesos de Pérdida de dominio, a la Comisión Nacional de Bienes Incautados, al Demandante y demandada.

5.- **ORDENAR** a la Secretaria de la causa que **OFICIE** al Tercer Juzgado Penal Nacional copia certificada de la presente resolución, para su conocimiento y fines. **Notificándose**.-

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 08159-2011-0-1817-JR-CO-10

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 10° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 08159-2011-0-1817-JR-CO-10. Lima, 30 de mayo del 2014

10° JUZGADO CIVIL-COMERCIAL
EXPEDIENTE : 08159-2011-0-1817-JR-CO-10
MATERIA : EJECUCION DE GARANTIAS
ESPECIALISTA : JURADO MONTEAGUDO, YSABEL
MARTILLERO : NEYRA USQUIANO, FELIX MAXIMO MARTILLERO PUBLICO
TERCERO : AMPUERO GONZALES, ROSARIO DEL CARMEN PERITO TASADOR
VALEGA ROSAS, RAUL BENJAMIN PERITO TASADOR
PROCURADOR PUBLICO ADJUNTO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCION TERCERO,
PROCURADOR PUBLICO DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS,
DEMANDADO : PERUANA DE CABLE TELEVISION SA,
DEMANDANTE : SCOTIABANK PERU SAA,

Resolución Nro. 20
Miraflores, 30 de Mayo del 2014.-

PUESTO A DESPACHO: En la fecha, los presentes actuados, y, dando nueva providencia al escrito presentado por la parte ejecutante con fecha veintiuno de mayo del dos mil trece: **AL PRINCIPAL: TENGASE POR ABSUELTO** el traslado conferido mediante Resolución Número Once en los términos que se indican, y, **ATENDIENDO**:

PRIMERO: Que, conforme a lo prescrito por el artículo **I**[1] del Título Preliminar del Código Procesal Civil, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, es decir, a que cuando pretenda algo de otra, ésta pretensión sea atendida por el órgano jurisdiccional, por ello, la tutela procesal efectiva, no sólo implica que el Juez se pronuncie sobre el derecho discutido mediante decisión motivada, sino que, además, implica que lo resuelto se ejecute sin dilación, por ende, la tutela se da antes del proceso, durante el proceso y comprende también la fase de ejecución.

[1] **Articulo I Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**
Que, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

SEGUNDO: Que, asimismo y conforme a lo prescrito por el artículo **IX**[2] del Título Preliminar del precitado código adjetivo, la actividad judicial es una función pública realizada con exclusividad por el Estado. En uso del Ius Imperium, comprende a las normas procesales dentro del derecho público, dadas a fin de mantener el orden público, por tanto, éstas normas son obligatorias y de carácter imperativo.

TERCERO: Que, mediante escritos presentados con fechas veintinueve de octubre y veintisiete de diciembre del dos mil doce, **JORGE ALBERTO OLIVERA VANINI**, en su condición de Procurador Público Adjunto Especializado en Delitos de corrupción, solicita su apersonamiento al presente proceso, así como la suspensión y oposición al remate judicial del inmueble materia de ejecución de autos ubicado en Calle General Vargas Machuca N° 309, 313 y 317, Distrito de Miraflores, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la Partida Electrónica N° 49009403 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, alegando que el referido predio es de procedencia ilícita, con orden de incautación en el expediente número 55-2001, seguido ante la Cuarta Sala Penal Especial de Lima .

CUARTO: Que, conforme se aprecia de autos, mediante Resolución Número Tres de fecha dos de julio del dos mil doce se emitió el auto final en la presente causa, ordenándose se proceda al remate del bien dado en garantía, declarándose consentida mediante Resolución Número Cinco de fecha diecisiete de setiembre del dos mil doce, conforme se aprecia a fojas 72 y 98, respectivamente.

QUINTO: Que, respecto a la suspensión del proceso peticionada se puede declarar la suspensión del proceso de oficio o a pedido de parte en los casos previstos legalmente y, cuando a criterio del juez sea necesario, conforme lo establece el artículo 320º del Código Procesal Civil; asimismo, el artículo 3º del Código de Procedimientos Penales establece: "cuando en la sustanciación de

[2] **Artículo IX.-Titulo Preliminar C.P.C. Principios de Vinculación y de Formalidad.-**
Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

un procedimiento civil aparezcan indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el juez dará conocimiento al representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente. En este caso, el juez suspenderá la tramitación civil, siempre que juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil (…)";

SEXTO: Que, se advierte de autos que en el presente caso, el tercero recurrente adjunta instrumentales que acreditan que el inmueble materia de ejecución de autos ha sido incautado en mérito al **proceso penal tramitado con la causa número 55-2001**, documentos los cuales acreditan que el inmueble a rematarse en autos ha sido incautado en el referido proceso penal en mérito a la Resolución de fecha once de enero del dos mil doce, y, atendiendo a que la garantía hipotecaria a ejecutarse en autos fue inscrita el veintidós de octubre del dos mil tres –conforme se aprecia en el Asiento D00002 de la acotada Partida Registral Número 49009403--, se colige entonces que la incautación ordenada no constituye óbice alguno que impida continuar con la ejecución de autos, no encontrándose lo solicitado dentro del supuesto establecido por el artículo 3º del Código de Procedimientos Penales, máxime si el contenido registral se presume cierto mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez, conforme lo establecido por el artículo 2013º del Código Procesal Civil, correspondiendo desestimar la suspensión solicitada.

SEPTIMO: Que, respecto de la oposición formulada debemos precisar que el artículo **300º**[3] del Código Procesal Civil señala expresamente en qué casos procede la oposición, siendo que la oposición al remate ordenado en autos no se encuentra estipulado dentro de los alcances de dicho artículo, por lo que corresponde desestimar dicha oposición, **máxime si se tiene en cuenta que el presente proceso se encuentra en etapa de ejecución, no pudiendo admitirse recurso dilatorio alguno ni retardarse su ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 139° de la Constitución Política**

[3] *Articulo 300.- **Admisibilidad de la tacha y de la oposición***
Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial

del Perú y del artículo 4º[4] de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fundamentos por los cuales esta Judicatura,

RESUELVE:

1° TENGASE POR APERSONADO en los presentes actuados a **JORGE ALBERTO OLIVERA VANINI** en su condición de Procurador Público Adjunto Especializado en Delitos de Corrupción al amparo de lo previsto en el artículo 101° del Código Procesal Civil, teniéndose presente los domicilios que señala para los fines de ley pertinentes.

2° DECLARAR IMPROCEDENTE la suspensión y oposición formuladas por el tercero legitimado al amparo de los fundamentos expuestos en la presente resolución, debiendo continuar la causa conforme a su naturaleza y estado.-

AL PRIMER OTROSI: Estando a lo dispuesto mediante Resolución Número Dieciocho emitida en la fecha: **CARECE DE OBJETO** emitir mayor pronunciamiento al respecto.

AL SEGUNDO Y TERCER OTROSI: Téngase presente.

[4] **Articulo 4º** Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.
No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite.

Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial

Exp. N° 07718-2010-0-1817-JR-CO-17

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. 17° Juzgado Civil Comercial. Exp. N° 07718-2010-0-1817-JR-CO-17. Lima, 17 de julio del 2013

17° JUZGADO CIVIL-COMERCIAL

EXPEDIENTE : 07718-2010-0-1817-JR-CO-17

MATERIA : OBLIGACION DE DAR SUMA DE DINERO

ESPECIALISTA : ALARCON ROJAS, SOLEDAD

MARTILLERO : REYNOSO EDEN, EDWIN FERNANDO

DEMANDADO : CANAL BENITES, NESTOR FRANCISCO

DEMANDANTE : ARAOZ DIAZ, LUIS ALFREDO

Resolución sesenta y tres

Lima, diecisiete de julio

Del dos mil trece.-

AUTOS Y VISTOS: Por absuelto en los términos que se exponen el traslado conferido por resolución cincuenta y ocho y **ATENDIENDO: Primero:** Que, conforme lo establecen los artículos 171 y 176 del Código Procesal Civil, la nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley, o cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad; debiendo los Jueces declarar de oficio las nulidades insubsanables mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda; ----------

Segundo: Que, conforme lo prevé el artículo IX del Titulo Preliminar del Código Adjetivo las normas procesales son de carácter imperativo, por ende de estricta observancia por los sujetos procesales; ----------

Tercero: Que, mediante escrito de fecha veintisiete de mayo del dos mil trece se apersona al proceso el Procurador Público de la Presidencia del Concejo de Ministros en representación de la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI solicitando la nulidad de las resoluciones treinta a cincuenta y seis; alegando que desde la publicación de la medida de incautación en los Registros Públicos el 11 de septiembre del 2012 y al amparo del Decreto Legislativo Nº 1104 se le debió notificar con las referidas resoluciones; ----------

Cuarto: Que, mediante Decreto Legislativo Nº 1104 se creó Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, arrendamiento, asignación en uso temporal o

definitiva, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado, precisándose como, cuya función es: a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. b) **Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados** - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. c) Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados, para proceder conforme a sus atribuciones. d) Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. e) Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos. f) Dictar las medidas que deberán cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. g) Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, que sean incautados o decomisados. h) Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, incautados o decomisados, sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro. i) Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas. j) Suscribir los convenios de administración de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, con entidades públicas y privadas. k) Proponer el presupuesto de la CONABI y los recursos destinados al mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. l) Las demás que señale el Reglamento; ----------

Quinto: Que, conforme lo dispone el artículo 174 del Código Procesal Civil Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido; ----------

Sexto: Que, siendo esto así, la Procuraduría Pública de la Presidencia del Concejo de Ministros no ha precisado en forma clara cual es el perjuicio que se le ha causado cada una de las resoluciones que pretende impugnar, pues no todas han vulnerado su derecho, mas aun si se tiene que consideración que de conformidad a lo normado por el cuarto párrafo del artículo 172 del Código Adjetivo no hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resoluciones o en las consecuencias del acto procesal; ----------

Séptimo: Que, sin embargo, de la revisión de autos se observa que mediante oficio de fecha veinticinco de febrero del dos mil trece la 2º Fiscalía Provincial Corporativa Especializada comunicó a este despacho el proceso de pérdida de domicilio que se ha iniciado respecto al inmueble ubicado en Av. Javier Prado Este 309, oficina 601 – San Isidro el cual es materia del presente proceso; ------

Octavo: Que, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo Nº 992 el proceso de pérdida de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y se tramita como proceso especial, **procediendo sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independientemente de quien ostente la posesión o la propiedad**; tratándose de una acción que es distinta e independiente de cualquier otra, que procede, incluso, respecto de los bienes objeto de sucesión intestada o testamentaria; siendo esto así, a fin de salvaguardar el derecho de quienes pudrieran verse perjudicados con el remate expedido en autos este debió notificarse a todos aquellos que tuvieran inscrito un derecho, de lo que se colige que previo a la realización de remate ordenado en autos la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI, debido ser notificada con las resoluciones cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cuarenta y siete y cuarenta y ocho, que al no haberse notificado a esta con las referidas resolución se ha incurrido en nulidad insubsanable, la cual a su vez conlleva a la nulidad del remate realizado el pasado dos de mayo; ----------

Noveno: Que, así también de autos se observa que mediante oficio de fecha

diez de mayo pasado el Tercer Juzgado Penal Liquidador Transitorio presentó una oposición a la entrega parcial o total de la suma obtenida como consecuencia del remate del inmueble ubicado en Av. Javier Prado Este 309, oficina 601 – San Isidro, sin embargo estado a los alcances de la presente resolución, carece de objeto emitir pronunciamiento al respecto; ----------

por estas consideraciones debe reponerse el proceso al estado que le corresponde por lo que de conformidad con los artículos 171 y 177 del Código Procesal Civil se resuelve declarar **FUNDADA EN PARTE** la nulidad que se deduce; en consecuencia se declara:

a) **NULAS** las resoluciones cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cuarenta y siete y cuarenta y ocho;

b) **NULO** el remate realizado el pasado el pasado dos de mayo del dos mil tres, devolviéndose al adjudicatario los cerificados de consignación Nº 2013000302180 por la suma de US$ 6,249.96 Dólares Americanos, Nº 2013000302179 por la suma de US$ 10,468.30 Dólares Americanos y 2013004603489 por US$ 128,281.74 Dólares Americanos montos que corresponden a la suma pagada por la adjudicación del inmueble;

c) Estando a los alcances de la presente resolución **CARECE DE OBJETO** pronunciarse respecto a la oposición formulada por el Tercer Juzgado Penal Liquidador Transitorio;

d) **NOTIFIQUESE** con la presente resolución a las partes, al adjudicatario, al Procurador Público de la Presidencia del Concejo de Ministros en representación de la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI y **OFICIESE** al Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializada en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos a fin de poner en su conocimiento lo dispuesto en la presente resolución.-

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DECIMO SETIMO JUZGADO CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LIMA
Av. Petit Thouars Nº 4979 – Miraflores

Lima, 17 de julio de 2013

OFICIO Nº 07718-2010-0-1817-JR-CO-17

SEÑOR JUEZ DEL
SEGUNDO JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA ESPECIALIZADA EN DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS:
Presente.

Ref: Oficio Nº 00099-2013-1(B)/2º JIP-DMA

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con motivo del proceso seguido por: **LUIS ALFREDO ARAOZ DIAZ** con **NESTOR FRANCISCO CANAL BENITES** sobre: **OBLIGACION DE DAR SUMA** a fin de poner en su conocimiento lo dispuesto por mi despacho mediante resolución sesenta y tres de la fecha; adjunto copia certificadas a fs. ( ) .-

Dios Guarde a Ud.