

LA LEY N° 30076 EL ARTÍCULO 102° DEL CÓDIGO PENAL: UNA EVOLUCIÓN INTERESANTE

Daniel Alcides Chinchay¹.

SUMARIO:

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA LEY N° 30076. II. EL OBJETO DEL DELITO. a. Bases para una noción. b. Un intento de clasificación. c. Medida procesal, medida sustantiva y destino final. III. INSTRUMENTOS Y EL PROBLEMA DEL TERCERO DE BUENA FE. a. Nació un derecho real... ¿se tendría que perder? b. La curiosa solución dada por la Ley N° 30076. —La modificación dada al art. 102° del Código Penal por esta Ley. c. Panorama de la situación legislativa de cara a la vigencia temporal de las normas. d. Un análisis comparativo respecto de los demás bienes relacionados con el delito, en relación con el tercero adquirente de buena fe. IV. UN BALANCE PESIMISTA. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA LEY N° 30076

A) El texto originario del Código Penal de 1991 tenía una distinción bien clara sobre las medidas definitivas que debían aplicarse sobre los bienes relacionados con el delito:

<i>Bien vinculado con el delito</i>	<i>Destino</i>	<i>Base normativa</i>	<i>¿Respeto al tercero de buena fe?</i>
Objeto	Restitución	93°.1	No, por art. 94°
Instrumentos	Decomiso	102°	Sí, por art. 102°
Efectos	Decomiso		

B) La aplicación práctica descubrió pronto dos problemas con este panorama normativo:

<i>Bien vinculado con el delito</i>	<i>Problema</i>	<i>Solución planteada</i>
Objeto	Sobre todo en delitos de “apellido” «pública» (administración pública, salud pública, fe pública, etc.) el bien nunca había estado en el dominio del agraviado (técnicamente	Decomiso de también del objeto del delito. Proceso de pérdida de dominio.

¹ Fiscal Adjunto Supremo. Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría en Ciencia Penales y del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

	<p>entendido como el titular del bien jurídico vulnerado por la acción delictiva).</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo hablar entonces de “restitución”? ¿Cómo restituir a quien jamás tuvo el bien? • En bienes intrínsecamente delictivos, ¿cómo restituir? ¿No correspondía más bien su destrucción? <p>Así tenemos que el libro pirata. ¿“devolverlo” al autor de la obra? ¿Toma de posesión o de propiedad por parte del Estado?</p> <p>Igualmente, el auto ingresado de contrabando. ¿Cómo “restituirlo” al Estado (agraviado del delito), si éste nunca lo tuvo antes?</p>	
Instrumentos	<p>El uso sistemático de terceros de “buena fe”. Por ejemplo, la madre que presta a su hijo uno de sus vehículos, para que éste haga taxi. El hijo comete un robo utilizando como instrumento el vehículo. Al ser intervenido, la madre reclama el automóvil, que se le tiene que devolver por no haber intervenido en el delito.</p> <p>Luego se siguen una o varias de las siguientes posibilidades:</p>	<p>Eliminar al tercero propietario de buena fe de instrumentos y efectos del delito.</p>
Efectos	<ul style="list-style-type: none"> • El hijo, tras obtener su libertad, usa —para cometer delitos— el vehículo de otros terceros de buena fe. • El hijo, tras obtener su libertad, usa —para cometer delitos— otros bienes que su madre le facilita • La madre facilita otros bienes suyos a ese hijo, y con ellos el hijo comete delitos. • La madre facilita el vehículo a terceras personas, distintas de ese hijo, y con dicho bien, esas otras personas cometen delitos • La madre facilita otros bienes a terceras personas, distintas del hijo, y con dichos bienes, tales personas cometen delitos. 	

C) Así llegamos a la reforma que hizo el D· Leg· N° 982, del 22.JUL.2007, cuyo marco, en lo que al objeto del delito se refiere, se puede cifrar con esta recensión que hice en una monografía² publicada hace algún tiempo:

<i>Modos en que se pueden afectar derechos reales en el proceso antes de la Ley N° 30076</i>		
<i>Fines de la afectación</i>	<i>Medida procesal</i>	<i>Medida definitiva</i>
<i>Restitución del bien</i>	Incautación	Decomiso (¡ !)
<i>Pérdida de dominio de bienes delictivos</i>	Incautación	Decomiso
<i>Indemnización</i>	Embargo	Ejecución
<i>Multa, costos y costas</i>	Embargo	Ejecución
<i>Objetos de prueba</i>	Incautación	Devolución

<i>Las afectaciones reales de orden penal</i>		
<i>Categorías</i>	<i>Descripción</i>	<i>Ejemplos</i>
Objeto del delito	Aquello sobre lo cual recayó la acción delictiva	<ul style="list-style-type: none"> • El automóvil robado • El dinero apropiado
Instrumentos del delito (<i>instrumenta sceleris</i>)	Herramientas de ejecución	<ul style="list-style-type: none"> • El arma de fuego del robo a mano armado • La escalera con la que se hizo el escalamiento
Efectos del delito (<i>producta sceleris</i>)	Los que se crean, se adulteran o se transforman como consecuencia del delito; y también (si no podemos entenderlas dentro de la primera categoría), las ganancias	<ul style="list-style-type: none"> • El dinero con que se pagó la venta del bien robado • La droga fabricada a partir de la siembra compulsiva • La empresa formada con el dinero del lavado de activos • El dinero obtenido a cambio de liberar al secuestrado
Elementos de convicción (objetos y documentos)	Las cosas que se emplearán como elementos de futura prueba (y que no entran en ninguna de las categorías anteriores)	<ul style="list-style-type: none"> • El vídeo de seguridad que filmó el rapto del secuestrado. • Los vasos del bar, llenos de huellas digitales de los asaltantes, en que los delincuentes estuvieron

² Ver CHINCHAY CASTILLO, Alcides. *La incautación en el contexto de las afectaciones reales dentro del proceso penal*. En el libro colectivo *Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*. Lima, 2011. Gaceta Jurídica.

		<p>bebiendo inmediatamente antes de emprender el robo</p> <ul style="list-style-type: none"> • La carta manuscrita que uno de los terroristas dejó a su enamorada, en que narra la forma en que su grupo cometió un atentado
--	--	---

<i>Las formas de intervención real</i>		
<i>Categorías</i>	<i>Descripción</i>	<i>Ejemplos</i>
Hallazgo	Implica carencia de posesión de parte de persona alguna	<ul style="list-style-type: none"> • Los casquillos de bala que quedaron en la vereda, tras el asalto (= ataque) a mano armada • La mancha de sangre que quedó en el automóvil donde se produjo el rapto del secuestro
Entrega	Implica: <ul style="list-style-type: none"> • posesión de parte de alguna persona • desprendimiento voluntario de dicha posesión • entrega también voluntaria a favor de la autoridad 	También podrían ser ejemplo de incautación, ante falta de entrega: <ul style="list-style-type: none"> • De parte de la persona jurídica agraviada: Los libros contables de la empresa en que se cometió el fraude en la administración de personas jurídicas • De parte de un tercero (el centro comercial en cuyo interior se cometió el delito): El vídeo de seguridad que filmó el rapto del secuestro.
Incautación	Implica: <ul style="list-style-type: none"> • posesión de parte de alguna persona • despojo posesorio de parte de la autoridad • ¿negativa previa del poseedor a su entrega? 	<ul style="list-style-type: none"> • La droga hallada en el poseedor • Las armas que estaban en poder de los secuestradores, en la vivienda donde se tenía cautivo al agraviado

<i>Limitaciones a las afectaciones reales</i>	
<i>Tipo de limitación</i>	<i>Consecuencia</i>
<i>En extensión</i>	El bien no será incautado si el fin de su intervención se puede cumplir con una exhibición
<i>En duración</i>	El bien será devuelto, una vez que la investigación hubiera cumplido su fin sobre él

Rigen los principios de variación y reexamen del art· 319°
Las limitaciones no funcionan ante bienes intrínsecamente ilícitos, en los cuales la desposesión es definitiva (art· 102° del CP y art· 320°.1 del CPP)

<i>Personas contra las que se pueden dirigir las afectaciones reales</i>	
<i>Respecto de su posición frente al delito</i>	<i>Comentarios al respecto</i>
<i>Imputado</i>	En tanto que se trate de bienes incautables, que no hubiesen sido incautados en el momento de la intervención del imputado, la incautación con autorización judicial procede debido a que dentro del derecho a no cooperar con la propia incriminación, no se halla la no entrega de bienes que podrían comprometerlo.
<i>Agraviado</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Si por alguna razón el agraviado se negara a la entrega de un bien que el fiscal considera necesario para los fines de la investigación, la incautación puede proceder incluso en contra del agraviado. Ello dado que una vez dada la <i>notitia criminis</i> el interés de llegar a la realidad de lo que sucedió, trasciende la voluntad del agraviado. • Si del bien incautado, o si durante la realización de la incautación, se descubrieran acciones ilícitas de parte del agraviado o de otras personas, procede la acción penal, por el principio de legalidad procesal
<i>Tercero</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Esto puede implicar a los terceros relacionados con el proceso (tercero civilmente responsable y persona jurídica sobre la que recaerán las consecuencias de los arts· 104° y 105°), como a un tercero absoluto (completamente desvinculado de los sujetos procesales y de las consecuencias del proceso) • Si del bien incautado, o si durante la realización de la incautación, se descubrieran acciones ilícitas de parte del tercero o de otras personas, procede la acción penal, por el principio de legalidad procesal

<i>Un análisis sobre los objetos de afectación real antes de la Ley N° 30076</i>		
<i>Tipología</i>	<i>Destino jurídico</i>	<i>Comentarios al respecto</i>
<i>Objeto del delito</i>	Ser restituido (art· 93°.1 del CP) Pero también debe ser decomisado (art· 102° del CP; vale decir, pasa a propiedad del Estado)	<ul style="list-style-type: none"> • En cualquiera de los dos y contradictorios destinos jurídicos, no procede la protección de la buena fe del tercero adquirente (art· 94° del CP) • No procede su embargo, sino su incautación, si se halla en poder de tercero (y si éste no accede a entregarlo)

<ul style="list-style-type: none"> • <i>Instrumento del delito</i> • <i>Efecto del delito</i> 	<p>Ser decomisado por el Estado (art. 102° del CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El cambio dado en el art. 102° del CP, por medio del art. 1° del Decreto Legislativo N° 982, del 22.JUL.2007, eliminó la protección del tercero adquirente de buena fe. • No procede su embargo, sino su incautación, si se halla en poder de tercero (y si éste no accede a entregarlo) • Puede no proceder su decomiso, si no son de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal (art. 103° del CP). Se entiende que entonces puede haber devolución (al menos parcial)
<p><i>Las ganancias de la persona jurídica</i></p>	<p>Cubrir la reparación civil, si los bienes de los imputados no alcanzaren para ello (art. 104° del CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El CP no lo especifica, pero al tratarse de efectos del delito, no se embargan, sino que se incautan. Y ello, pese a que el destino que se le dará es el de una reparación civil. • La medida requiere previo emplazamiento de la persona jurídica (art. 90° del CPP de 2004) • Se aplica —de ser el caso— la nulidad de transferencias a que se refiere el art. 15° del CPP de 2004. • Empero, opera la protección del tercero adquirente de buena fe, según el art. 97° del CP
<p><i>Los bienes necesarios para cubrir la reparación civil</i></p>	<p>Cubrir la indemnización de daños y perjuicios, según el art. 93°.2 del CP</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Estos bienes se embargan, y no se incautan. • Se aplica —de ser el caso— la nulidad de transferencias a que se refiere el art. 15° del CPP de 2004. • Empero, opera la protección del tercero adquirente de buena fe, según el art. 97° del CP
<p>Si bien parece claro que algunos de estos bienes jamás podrán constituir materia de prueba en el proceso, y resulta igualmente claro que algunos de ellos lo son necesariamente, no se descarta en ninguno de ellos que puedan cumplir ese fin, independientemente de los destinos jurídicos arriba descritos.</p>		

<p><i>Limitaciones del CPP de 2004, sobre las afectaciones reales, antes de la Ley N° 30076</i></p>	
<p><i>Descripción</i></p>	<p><i>Comentarios al respecto</i></p>

<p><i>Fijación en la incautación</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • El Código casi no regula el hallazgo ni la entrega (algo dice en la intervención policial). • Esto despista a varios operadores si procede o no sobre lo hallado y sobre lo entregado, la cadena de custodia, que es garantía de la identidad entre lo hallado y lo entregado, respecto de lo exhibido o aludido en juicio
<p><i>La doble regulación de la incautación y sus problemas de orden práctico</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • La incautación está prevista en los arts:: <ul style="list-style-type: none"> ○ 218°-225° (subcapítulo iii [«la exhibición e incautación de bienes»] y subcapítulo iv [«la exhibición e incautación de actuaciones y documentos no privados»] del capítulo vi [«la exhibición forzosa y la incautación»], del título iii [«la búsqueda de pruebas y restricción de derechos»] de la sección ii [«la prueba»] del libro segundo [«la actividad procesal»]) y ○ 316°-320° (título x [«la incautación»] de la sección iii [«las medidas de coerción procesal»] del libro segundo [«la actividad procesal»]) • Como se verá, en la primera mención tiene que ver con la incautación que se hace para generar futura prueba; y la segunda se hace pensando en la incautación como restricción de derechos. • En ambos casos se trata de proteger los derechos de los terceros (art. 222° y 319°.b); no obstante, ello tiene un problema que se analizará en el ítem siguiente • Pero en la primera parte se establece que antes de la incautación debe haber un previo pedido de exhibición o entrega. En cambio en la segunda parte no hay tal cosa. <ul style="list-style-type: none"> ○ La naturaleza de una cosa que sólo es prueba, pero no instrumento o efecto del delito, es distinta de estos últimos bienes, que deben ser comisados (art. 102° del CP), pero ello no impide que primero se pida la entrega, que puede evitar allanamientos innecesarios. Sea esto dicho sin perjuicio de que si hay peligro en la demora, se produzca una intervención coactiva, como lo autorizan los arts. 218°.2 y 316°.1. ○ No nos referimos al pedido ante el juez de los arts. 218°.1 y 317°. Aludimos a que cuando se tiene asegurado que el poseedor del bien está inmovilizado y no puede fugarse con el bien, primero se le debe pedir dicho bien, y sólo si se niega, se procederá a la incautación de urgencia.
<p><i>La doble regulación sobre el tercero adquirente de buena fe</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Es correcto que el bien que sólo servirá de prueba y que no es efecto ni instrumento del delito, sea devuelto al poseedor legítimo (y no como mera posibilidad, según el art. 222°). • Pero las otras cosas incautadas son el bien objeto del delito, y los efectos, productos e instrumentos del delito. <ul style="list-style-type: none"> ○ El bien objeto del delito, debe ser incautado según el

	<p>segundo párrafo del art· 102° del CP y debe ser devuelto a la víctima (art· 93°.1 del CP), incluso si se halla en poder de terceros de buena fe (art· 94° del CP). Pero he aquí que el primer párrafo del art· 102° decía que el bien se decomisa.</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Los efectos, productos e instrumentos del delito deben ser decomisados según el art· 102° del CP, y la expresión «a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción» de dicho artículo, fue eliminada con la reforma que se hizo con el D· Leg· N° 982. ○ No se entiende entonces cómo es que la reforma hecha por el art· 319° del CPP de 2004 ha mantenido el tenor del inciso 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.»
--	--

D) La imperfecta forma de solución a los dos problemas señalados en el ítem I)B) generó a su vez otros dos (uno de ellos descrito en la tabla que precede, precisamente; lo que nos recuerda el principio jurídico *para legislar y comer pescado, hay que tener mucho cuidado*):

<i>Bien vinculado con el delito</i>	<i>Solución impuesta por el D· Leg· N° 982</i>	<i>Problema a causa de la solución imperfecta, antes de la Ley N° 30076</i>
Objeto	<p>El objeto del delito también (además de los instrumentos y de los efectos) se decomisa y pasa ser propiedad del Estado.</p> <p>En defecto del decomiso, se le aplica el proceso de pérdida de dominio, que tiene el mismo fin: hacer pasar el bien a propiedad estatal</p>	<p>¿Qué sucede con el objeto del delito que ha sido sustraído a una víctima particular, que tenía sobre él un derecho de propiedad o algún otro derecho real, que podía o no otorgarle el derecho a poseerlo?</p> <p>¿Por qué el automóvil robado no iba a ser devuelto a su propietario y por qué el Estado debía quedárselo?</p> <p>Nadie (entre los redactores del decreto legislativo ni entre los políticos a cargo de su promulgación como norma, o de su control posterior) se dio cuenta de que la norma introducida sobre el objeto del delito era aplicable a los casos en que</p> <ul style="list-style-type: none"> • El agraviado era el Estado y éste no había tenido dentro de su esfera de dominio dicho bien, antes del proceso penal (así, el bien ingresado al país de contrabando). • El bien era intrínsecamente delictivo y por tanto no cabía generar un derecho

		real sobre él, ni siquiera a favor de la víctima o de entidades de asistencia social (así, los DVDs y los libros “pirateados”).
Instrumentos	Suprimir la expresión «a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción» en el art. 102° del CP	Así como existe la expresión «la misma resolución criminal» (art. 49° del CP), resulta propio afirmar que en los Decretos Legislativos del 982 al 992, hay «la misma resolución legislativa», que se llamó <i>leyes contra el crimen organizado</i> . Todos ellos se publicaron el 22.JUL.2013. Pues bien, el D. Leg. N° 983° modifica el art. 318° del CPP de 2004 y no modifica en lo absoluto el inc. 4, cuyo texto decía y dice: <i>«Si se alega sobre el bien incautado un derecho de propiedad de persona distinta del imputado o si otra persona tiene sobre el bien un derecho adquirido de buena fe cuya extinción podría ser ordenada en el caso de la incautación o del decomiso, se autorizará su participación en el proceso. En este caso el participante en la incautación será oído, personalmente o por escrito, y podrá oponerse a la incautación. Para el esclarecimiento de tales hechos, se puede ordenar la comparecencia personal del participante de la incautación. Si no comparece sin justificación suficiente, se aplicarán los mismos apremios que para los testigos. En todo caso, se puede deliberar y resolver sin su presentación, previa audiencia con citación de las partes.»</i>
Efectos		¿No era absolutamente necesario que si en el Código Penal se quitaba protección sustantiva al tercero de buena fe, de manera coherente se debía retirar la acción procesal para reclamar un derecho que ya no existía?

II. EL OBJETO DEL DELITO

a. Bases para una noción

i. ¿Siempre se trata de un bien?

1. Se entiende por objeto del delito aquello sobre lo que recae la acción delictiva. En el caso de un hurto o de un robo, el asunto es bien sencillo: el objeto sustraído. Igualmente, si hablamos del cohecho, el importe del soborno.
2. Sin embargo, el asunto es más complejo en delitos como el abuso de autoridad o la violencia contra la autoridad. En estos dos

supuestos, ¿la función pública mal utilizada y el respeto a la autoridad mancillada son objetos del delito?

- a. Podríamos decir que sí desde un punto de vista conceptual o lógico. Vale decir, desde el punto de vista de la estructura del tipo penal (donde si hay un sujeto [activo] del delito, debe haber por lógica un objeto).
 - b. Pero desde el punto de vista de las consecuencias que la norma prevé para el objeto (incautación, decomiso, restitución), ciertamente no. Ni la entidad pública ni el funcionario “recibirán de vuelta” el respeto perdido dentro del acto delictivo.
3. En suma, necesitamos un objeto como materia sobre la cual versa el delito. Pero no siempre necesitamos de un objeto como cosa por restituir.
 4. El bien, técnicamente entendido, consiste en una cosa (no siempre material) portadora de valor económico (un jurista romano decía: «justo por eso se llaman bienes»). Así, la doctrina nos dice que no se puede hurtar una carta de amor (independientemente que se pueda cometer extorsión o chantaje con su posesión, por parte de un delincuente), dado que ella no tiene relevancia en el mercado.

ii. La persona es sujeto pasivo. ¿Podría ser en algún caso objeto?

1. La persona sobre la cual recae el delito no se ha denominado objeto del delito, sobre la base de la dignidad humana. Se ha dado en llamarlo entonces *sujeto pasivo* del delito. Así, la persona secuestrada, pese a que es el objeto de la acción delictiva (= aquello sobre lo cual recae la acción delictiva), será —en la lógica antes dicha— *sujeto pasivo* del delito.
2. En el caso del art. 318°.3 del Código Penal («Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años: [...] El que sustrae un cadáver o una parte del mismo o sus cenizas o lo exhuma sin la correspondiente autorización»), el objeto del delito (en su sentido pleno, tanto de elemento sobre el cual recae el delito, como elemento que debe ser restituido) sería el cadáver. Ello, dado que el cuerpo de un ser humano muerto no es sujeto de derechos, sino objeto de derechos.

3. En la violación sexual de persona en estado de coma (donde la intervención subjetiva de la persona está anulada absolutamente) tampoco se habla de objeto del delito, sino de sujeto pasivo, igualmente.
4. En suma, así haya inconsciencia en la víctima, o así el delito verse sobre un fluido u órgano corporal (imaginemos unas lesiones que consistan en extraer sistemáticamente sangre a un paciente en estado de inconsciencia, internado en un hospital; o aprovechar dicho estado de inconsciencia para extraerle un riñón o médula ósea), se entenderá que la persona es sujeto pasivo del delito y no objeto. Eventualmente, los órganos o fluidos (en los ejemplos dados) serán considerados objetos del delito.

b. Un intento de clasificación

i. Objeto que debe ser restituido

<i>La víctima sobre el bien tenía:</i>	<i>Como por ejemplo:</i>	<i>La acción delictiva consistió en:</i>	<i>El objeto debe ser restituido a:</i>
Posesión	El inquilino de un bien arrendado	<ul style="list-style-type: none"> • Despojar al poseedor del bien. —Como en un hurto. • Una apropiación del bien. —Como en la acción hecha por el técnico al cual el poseedor llevó el bien a repararlo, tras lo cual aquél se lo apropió 	El poseedor
Propiedad con posesión	El propietario y poseedor de un bien	<ul style="list-style-type: none"> • Despojar al propietario y poseedor del bien. — Como en la usurpación (en un inmueble) o en el robo (en un mueble) • Una apropiación del bien. —Como en la acción hecha por el empleado doméstico al cual el propietario le dio el terno para llevarlo a la lavandería, tras lo 	El propietario

		cual aquél se lo apropió	
Propiedad con derecho a poseer	La persona que ha comprado un bien inmueble y que deben entregárselo	Entre el momento en que se celebró el contrato y el momento en que el comprador debió tomar posesión del bien, otros lograron inscribir una falsa transmisión de propiedad en los registros públicos, en base de lo cual, toman posesión	El propietario
Derecho a poseer	La persona que ha comprado un bien mueble en una tienda de departamentos, bien que empleados de la tienda deben entregárselo en su casa	El cliente de una tienda realiza la compra de un bien. Debido a su tamaño, no se lo entregan, y se acuerda con la tienda en que un empleado de ésta lo llevará a su domicilio. <ul style="list-style-type: none"> • El empleado no hace la entrega del bien y se lo apropia. • Estando el empleado dirigiéndose a la casa del cliente, es asaltado con fines de robo, y los ladrones se apoderan del bien. 	El titular del derecho a poseer (casi siempre el comprador)

- ii. Objeto que no generó derechos reales en el Estado pero que ha de ser decomisado por éste, por ser el sujeto pasivo (= titular del bien jurídico protegido por el tipo penal cometido). —Los dos casos por excelencia son el contrabando y las armas de guerra (que incluso tienen una regulación para confiscación en el art. 175° de la Constitución). Aquí no es apropiado hablar de “restitución”, dado que el Estado nunca tuvo el bien en su poder. Es el decomiso directo.
- iii. Objeto intrínsecamente delictivo. —En estos supuestos, el bien no puede ser materia de derechos de parte de nadie, y por tanto no es posible jurídicamente que el Estado lo incorpore a su patrimonio y tampoco que sea entregado a particulares. En este grupo tenemos a las drogas ilícitas, los productos falsificados (como aquéllos que han imitado a alimentos y medicinas) y los productos piratas: libros y discos compactos (con música y películas), principalmente.

c. Medida procesal, medida sustantiva y destino final

<i>Tratamiento del objeto del delito en la Ley N° 30076</i>			
<i>Formas posibles del objeto</i>	<i>Medida procesal</i>	<i>Medida sustantiva</i>	<i>Destino final</i>
<i>El agraviado ya lo tenía</i>	Incautación	Restitución	Devolución
<i>El agraviado no lo tuvo nunca</i>	Incautación	Restitución	Entrega
<i>Sujeto pasivo el Estado</i>	Incautación	Decomiso	<ul style="list-style-type: none"> • Apropiación estatal • Entrega a entidades privadas, según Ley (Así en el art. 401°-B del CP)
<i>Sujeto pasivo el Estado en bien intrínsecamente delictivo</i>	Incautación	Decomiso	Dstrucción

III. INSTRUMENTOS Y EL PROBLEMA DEL TERCERO DE BUENA FE

- a. Nació un derecho real... ¿se tendría que perder?
- i. El problema no existe si el titular de los instrumentos y el delincuente son la misma persona.
 - ii. Ello surge cuando esas personas son distintas. Surge de esta manera el tercero de buena fe³. Así, el problema de los instrumentos del delito se puede abordar desde dos puntos de vista:

³ El término —dicha sea la verdad— no tiene mucha prosapia en Derecho, que conoce más bien al «tercero **adquiriente** de buena fe» y al «tercero con buena fe **registral**». Con este término quiero referirme al tercero que es propietario de un instrumento del delito, que fue empleado por un delincuente sin que dicho tercero tuviese alguna intervención en ello (por desconocimiento de que la utilización iba a ser para un fin delictivo). Desde el punto de vista del Derecho Civil deberíamos acaso señalarlo como «tercero **propietario** de buena fe». Pero el término no es muy feliz, pues puede confundirse con la buena fe en la adquisición (que es a lo que alude el término antes citado: *tercero **adquiriente** de buena fe*).

El DRAE nos trae estas definiciones de «buena fe»:

«buena ~ [fe].

1. f. Rectitud, honradez.

2. f. *Der.* Criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho.

3. f. *Der.* En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte.»

Jurídicamente hay dos nociones:

El primero es el de rectitud, de adecuación al derecho, y a ello apuntan las nociones del DRAE.

Una de sus contramanifestaciones es la del fraude a la Ley:

1. El acceso del delincuente a dicho instrumento
 2. Los derechos reales que tenga una tercera persona sobre dichos instrumentos.
- iii. Desde el primer punto de vista, podemos enunciar dos afirmaciones:
1. Si el delincuente utilizó ese bien como instrumento, puede volver a utilizarlo. —Ello implica la previsión de una salida de prisión relativamente pronta (recordemos la decisión de decomiso acontece con la sentencia condenatoria; de modo que cuando haya que hacer esta estimación, no estaremos ante un reo del cual haya que presumir inocencia, sino que nos hallaremos en un momento en que la responsabilidad penal ya ha sido establecida, y —es más— ya se hizo el cálculo de la pena concreta que el reo merece).

«los actos en fraude de ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión» —ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel & RUIZ MANERO, Juan. —*Ilícitos atípicos*. Madrid, editorial Trotta, 2000, página 67.

En este sentido, la buena fe exige actuar no sólo como la letra de la norma o del contrato regulan, sino dentro del **espíritu** de la primera y de la **voluntad de las partes** en lo segundo. De otro modo, se podría estar cumpliendo al pie de la letra la norma o el documento contractual, y aun así, actuar antijurídicamente.

En su segunda noción, *buena fe* alude a un **error justificado**. Así la diferencia entre los plazos de prescripción adquisitiva del Código Civil, que se acortan si el poseedor ha actuado de buena fe, es decir, creyendo erróneamente que era propietario, cuando en realidad no lo era. (Esto no va contra el principio general del Derecho según el cual *el error no genera derecho*. No es el error lo que hace adquirir propiedad, sino la posesión continua y pacífica; el error sólo acorta el plazo para adquirir el derecho, no lo genera):

<i>Prescripción adquisitiva en el CC</i>	<i>De bien inmueble</i>	<i>De bien mueble</i>
<i>Con buena fe</i>	05 años (art· 950º, 2·do párrafo)	02 años (art· 951º)
<i>Sin buena fe</i>	10 años (art· 950º, 1·er párrafo)	04 años (art· 951º)

En nuestro caso se trata de algo análogo al error: el desconocimiento. En el estatuto original del art· 102º, ese desconocimiento hacía que el propietario pensara **erróneamente** que el bien iba a utilizarse para fines lícitos.

Como nos dice *Wikipedia*: «Principio de buena fe, es un principio general del Derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad, o la rectitud de una conducta».

2. Si ese bien fue usado por un delincuente, puede volver a ser utilizado por otro. —Ello implica que el bien se encuentra dentro de una situación de cercanía al delito. El caso típico es el de una familia en que varios integrantes tienen antecedentes. De este modo, aun cuando el bien pertenezca a una persona formalmente inocente (la madre respecto de un vehículo que supuestamente ella alquila sólo para que sus hijos hagan taxi), es de prever que cualquiera de los que tiene antecedentes (o incluso uno que aún no los tiene) utilizará ese mismo bien con un fin delictivo.

iv. Desde el segundo punto de vista, no se contempla la peligrosidad del instrumento, inferida a propósito de probabilidades concretas de continuarse con su mal uso, sino los derechos de una tercera persona que no tendría por qué verse afectada en tanto no se haya demostrado el carácter consciente y voluntario de su aporte a la realización del delito. Por el contrario, si hubiese indicadores de que el propietario del bien que no fue utilizado como instrumento, sino lo aportó consciente de su futuro uso criminal, debió ser comprendido como cómplice. En consecuencia, desechar dicha forma de participación y comprobar ausencia de causa jurídica de afectación, debió ser lo mismo.

b. La curiosa solución dada por la Ley N° 30076. —La modificación dada al art. 102° del Código Penal por esta Ley se puede cifrar en lo siguiente:

<i>Bienes</i>	<i>Destino primario</i>		<i>Solución alternativa</i>	
	<i>Presupuesto</i>	<i>Destino</i>	<i>Presupuesto</i>	<i>Solución</i>
<i>Objetos del delito</i>	Delito en agravio del Estado	Decomiso	Pérdida del bien (no incluye su adquisición por un tercero — art. 94° del CP)	Frustración del decomiso
	Delito en agravio de particular que perdió el bien	Devolución		Pago de su valor por parte de los responsables del delito, a favor del agraviado
	Delito en agravio de particular que tenía derecho a recibir el bien	Entrega		
<i>Efectos ganancias</i>	o Siempre	Decomiso	Los efectos o ganancias del delito se han	Decomiso hasta el valor estimado de los bienes

			mezclado con bienes de procedencia lícita	ilícitos mezclados
			Los efectos o ganancias del delito, mezclados con bienes de procedencia lícita, han sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia	Decomiso de ambos tipos de bienes
			Los efectos o ganancias del delito 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	Decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias
<i>Instrumentos</i>	Son de propiedad de alguien que no autorizó su utilización legal	Devolución		

	Todo otro caso distinto del anterior	Decomiso		
<i>Bienes intrínsecamente delictivos. Puede ser:</i>	Siempre	Destrucción		
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Alguno de los anteriores (objeto, efecto o ganancia, o instrumento)</i> • <i>Un bien distinto hallado durante el proceso</i> 				

c. Panorama de la situación legislativa de cara a la vigencia temporal de las normas.

<i>Evolución de la protección del tercero de buena fe sobre el instrumento del delito</i>			
<i>Fecha</i>	<i>Norma</i>	<i>Estado a la fecha</i>	<i>Sustento</i>
19910408	102° del CP	Vigente	El texto normativo expresamente hacía una salvaguarda (no sobre el objeto, que no estaba en su texto; sino sólo sobre efectos e instrumentos): «a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción»
20070722	D· Leg· N° 982	Derogado	La modificación sobre el art· 102° del CP suprimió la salvedad «a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción» del texto originario
20070722	D· Leg· N° 983	Vigente	Dicho Decreto Legislativo modifica el art· 319° del CPP de 2004 (o al menos dice hacerlo), y no cambia el inciso d que prevé el derecho del tercero de buena fe a pedir la

			devolución del bien.
20130820	Ley N° 30076	Derogado parcialmente	<p>Se modificó el art. 102° y se hace una distinción:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si el tercero no consintió su utilización. — Derecho a devolución del bien. • Si el tercer consintió su utilización. — Pérdida del bien

d. Un análisis comparativo respecto de los demás bienes relacionados con el delito, en relación con el tercero adquirente de buena fe

<i>Bien relacionado</i>	<i>Tratamiento del tercero adquirente de buena fe</i>	
<i>Objeto</i>	<i>Agravio de particulares</i>	<ul style="list-style-type: none"> • El art. 93°.1 del CP establece que el bien debe restituirse (lo que comprende que deba devolverse) • El art. 94° del CP expresamente desconoce al tercero adquirente de buena fe, al cual sólo se le reconoce el derecho de reclamar una indemnización (= el valor del bien a quien corresponda). • Por tanto, se trata de una excepción expresa al art. 2014° del Código Civil: «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.»
	<i>Agravio del Estado</i>	<ul style="list-style-type: none"> • En el CP originario no hay una mención expresa al

		<p>respecto.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pero la modificación del art. 102° hecho por la Ley N° 30076 no deja margen a favor del tercero adquirente de buena fe: el bien debe decomisarse. En ello abundan dos razones principalmente: <ul style="list-style-type: none"> ○ No hay que distinguir donde la Ley no distingue. ○ La historia de nuestro derecho positivo (sobre todo desde la creación de la pérdida de dominio, más los cambios al régimen normativo del lavado de activos) tiende sistemáticamente a ser drástico con este ítem.
<p><i>Efectos o ganancias</i></p>		<ul style="list-style-type: none"> • El texto originario contemplaba (igual que para los instrumentos) una excepción para los terceros adquirentes de buena fe. • La reforma de 2007 dejó fuera esa consideración. • Ahora se respeta al tercero adquirente de buena fe. Si lo hay, se reemplaza el decomiso de tales efectos o ganancias por el decomiso de bienes por valor equivalente en el patrimonio de los responsables del delito. • Se supone que la normativa de pérdida de dominio también respeta ello.
<p><i>Instrumento</i></p>		<ul style="list-style-type: none"> • Sólo se reconoce el derecho del tercero propietario de buena fe si no consintió el uso del bien. <ul style="list-style-type: none"> ○ Esto sólo deja margen para proteger a la víctima de: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Un delito (como la persona a la que le roban o le hurtan su vehículo) ▪ Un abuso de confianza. —Como la persona dueña de un vehículo al cual su hermano le toma las llaves mientras aquél duerme y se lleva el vehículo y lo usa para delinquir. ○ Por el contrario, si la persona permitió su uso

	<p>legal, perderá el bien si aquel a quien se lo dio, lo utiliza para delinquir (es el caso de dueño de una flota de automóviles que los da en alquiler para taxear).</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El supuesto se refiere al que permitió su uso legal, como se ha dicho, puesto que la fórmula lo alude como «tercero». ▪ Si la persona hubiera consentido un uso delictivo entonces ya no sería tercero. Sería por lo menos cómplice. <ul style="list-style-type: none"> • Nada se dice del adquirente de buena fe. Es decir, que luego de utilizado el bien para un fin delictivo, sea transferido a un tercero que lo adquiere de buena fe. —Por tanto a ese adquirente hay que darle el régimen del propietario <ul style="list-style-type: none"> ○ Si llegó a serlo después de cometido el delito, es obvio que no consintió su utilización, ni legal ni ilegal. ○ Por tanto, debe recibir el mismo tratamiento que el que era dueño del instrumento antes de su utilización como tal, y que no dio autorización para su uso legal. ○ Valga esta contraposición: no está demás decir que está demás decir que si se pretendiere afirmar que ese tercero adquirió formalmente el bien para hacer aparecer que éste se encontraba ya fuera del alcance del decomiso, esa simulación debe ser demostrada. No basta aseverarla.
--	---

IV. UN BALANCE PESIMISTA. —PARECE SER EVIDENTE QUE

- a. El legislador no ha tenido muy en claro las consecuencias de sus regulaciones normativas.
 - i. Incluyó el objeto del delito en el decomiso, sin reparar en que tal consecuencia no tenía por qué operar para los objetos del delito sobre los que personas particulares tenían derechos.
 - ii. En un decreto legislativo quitó protección al tercero propietario de buena fe, sin reparar en que el siguiente decreto legislativo conservaba tal protección.

- iii. Ha pretendido restaurar la protección del tercero propietario de buena fe, sin atender a que su fórmula deja desprotegido el caso más frecuente: el del tercero que con recta intención permite el uso legal del bien. En cambio, protege un supuesto comparativamente menos presente: el que ha sido víctima de un delito o de un abuso de confianza.
- b. El Poder Judicial no ha advertido estos cambios⁴.
- i. Una cosa es que los órganos jurisdiccionales:
 1. Conozcan el estatuto normativo de una institución.
 2. Hallen que su aplicación tal cual atentaría contra derechos o principios constitucionales.
 3. En consecuencia de ello, ejerzan control difuso, autorizado por el segundo párrafo del art. 138° de la Constitución e inapliquen las normas que crean son inapropiadas.
 - ii. Otra cosa completamente distinta es que antes y después del decreto legislativo N° 982, antes y después de la Ley N° 30076 sigan aplicando protección al tercero propietario o adquirente de buena fe, ya sea que su título recaiga sobre los objetos, los instrumentos o los efectos del delito. Acaso con un ligero matiz debido a la Ley de pérdida de dominio, que tampoco tiene una aplicación muy intensa.
 - iii. La primera actitud revela que los señores jueces están al tanto de los cambios y se permiten discrepar dentro de los supuestos permitidos por el ordenamiento jurídico. Lo segundo, revela que los señores jueces dan la espalda a los cambios normativos y administran justicia sobre la base de que les gustaría que tal ordenamiento fuese, y no sobre la base de lo que realmente es.

⁴ Dos experiencias personales:

- En docencia por la Academia de la Magistratura, en Arequipa, con jueces y fiscales, a mediados de la primera década del siglo XXI, expuse el estado de la cuestión antes de que se creara el decreto legislativo N° 982, sobre la no protección del tercero de buena fe en el art. 94° del Código Penal. Los señores jueces expresaron entonces que para ellos el derecho de propiedad primaba, la buena fe primaba y por tanto no era de recibo el art. 94°... sin reparar en que el art. 94° casi siempre protege propiedad también... la de la víctima del delito.
- Cuando me desempeñé como fiscal de delitos aduanero, ya luego de promulgada la reforma del decreto legislativo N° 982, comprobé que todos los objetos del delito consistentes en vehículos ingresados ilegalmente al país, eran devueltos, sin excepción alguna, a los adquirentes de buena fe, con la sola demostración de su titularidad y con la alegación de su calidad de víctimas de tan penosa situación.

- c. El balance indica, pues, que —como sugería Tancredi en *El gatopardo*— fue necesario que todo cambie, para que todo quede igual.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CHINCHAY CASTILLO, ALCIDES. “*La incautación en el contexto de las afectaciones reales dentro del proceso penal*”, en el libro colectivo “*Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*”, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.