



Derecho PUCP
ISSN: 0251-3420
ISSN: 2305-2546
revistaderechopucp@pucp.edu.pe
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

García Cavero, Percy
El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana
Derecho PUCP, núm. 81, 2018, Diciembre-Mayo 2019, pp. 113-146
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004>

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533657309004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana

The Forfeiture of Assets in Peruvian Criminal Law

PERCY GARCÍA CAVERO*

Universidad de Piura

Resumen: El presente artículo se ocupa de la figura del decomiso de bienes relacionados con el delito. El punto de referencia es la legislación penal peruana. Si bien el análisis se focaliza en las normas sustantivas, se hacen también algunas consideraciones de carácter procesal.

Palabras clave: decomiso, incautación, ganancias del delito

Abstract: This article deals with the figure of forfeiture of assets related to crime. The point of reference is Peruvian criminal legislation. Although the analysis focuses on the substantive norms, some procedural considerations are also made.

Key words: forfeiture of assets, seizure, proceeds of crime

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO.- III. FUNDAMENTO.- III. NATURALEZA JURÍDICA.-V. PROCEDENCIA.-V.1. LOS BIENES RELACIONADOS CON EL DELITO.- V.2. EL DECOMISO FACULTATIVO O PARCIAL.- V.3. EL DECOMISO DE BIENES EN MANOS DE TERCEROS.- V.4. EL DECOMISO Y LA REPARACIÓN CIVIL.- V.5. LA LEGITIMIDAD PROCESAL.- VI. FORMAS ESPECIALES DE DECOMISO.- VI.1. EL DECOMISO SUSTITUTIVO.- VI.2. EL DECOMISO DE VALOR EQUIVALENTE.- VI.3. EL DECOMISO AMPLIADO.- VI.4. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.- VII. DESTINO FINAL DE LOS BIENES DECOMISADOS.- VIII. LA INCAUTACIÓN CAUTELAR.- IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal (CP) regula la figura del decomiso junto con otras medidas preventivas aplicables a personas jurídicas bajo la denominación común de «consecuencias accesorias». Pese a que el texto punitivo las agrupa en un mismo capítulo, estas medidas difícilmente pueden reducirse a un único criterio regulatorio (Gracia Martín, 2004, p. 387; Castillo Alva, 2001, p. 168; Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 39). En común presentan solamente dos aspectos generales. En primer lugar, queda claro que no son formalmente penas ni medidas de seguridad, así como tampoco conceptos que se puedan integrar en la reparación civil por el daño producido. En segundo lugar, estas medidas

* Profesor ordinario principal de la Universidad de Piura (Perú), abogado, doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España).
Código ORCID: 0000-0003-2373-611X. Correo electrónico: percy.garcia@udep.pe

son accesorias a la responsabilidad penal, lo que no necesariamente significa que su aplicación requiera de la imposición de una condena efectiva, pues bastará con la existencia de un injusto penal principal. Por encima de estos aspectos comunes, no hay duda de que cada una de ellas cuenta con una naturaleza propia y, por ello, su estudio requiere necesariamente de una exposición diferenciada.

El presente artículo se ocupará específicamente de la consecuencia accesoria del decomiso. Tal emprendimiento se realizará teniendo como trasfondo la regulación positiva nacional, sin perjuicio de que pueda hacerse referencia a la legislación de países como Alemania o España con fines ilustrativos. Se tocarán primeramente cuestiones de carácter general como el concepto, el fundamento y la naturaleza jurídica del decomiso. Después se entrará en los aspectos operativos como los bienes sobre los que recae, los casos en los que resulta facultativo, su procedencia respecto de bienes en poder de terceros, la delimitación con la reparación civil y la legitimidad procesal para solicitarlo en el proceso penal. Seguidamente se tratarán las diversas modalidades especiales de decomiso, ocupándose no solo de las que se regulan en la legislación peruana, sino también de las que se recogen en otros ordenamientos jurídicos. Finalmente, se determinará cuál es el destino final de los bienes decomisados y la posibilidad de realizar una incautación cautelar con fines de decomiso.

II. CONCEPTO

El artículo 102 del CP establece que el decomiso determina el traslado de los bienes relacionados con el delito a la esfera de titularidad del Estado (Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 62). No se trata necesariamente de una expropiación, pues, en muchos casos, aunque el bien decomisado se encuentre fácticamente en la esfera de disposición de un particular, este no cuenta con un derecho de propiedad sobre el mismo. Por ello, si bien el término comiso proviene del término latín «*commisum*» que es traducido generalmente como confiscación, lo cierto es que ambas medidas no pueden ser confundidas, ya que la confiscación, además de ser entendida usualmente como una pena, supone, por lo general, la pérdida completa del patrimonio del autor del delito (Rodríguez García, 2017, p. 130).

El decomiso puede recaer sobre los instrumentos, objetos y efectos del delito, aunque debe indicarse que esto no siempre fue así. En su regulación originaria, el artículo 102 del CP lo circunscribía a los instrumentos (*instrumentum sceleris*) y los efectos (*productum sceleris*) del delito (Castillo Alva, 2001, p 210; Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 57). Dentro de los primeros se consideraba los bienes que eran utilizados para cometer o intentar cometer el delito (por ejemplo, el

arma de fuego en un homicidio), mientras que por efectos se entendía aquellos bienes que resultaban o eran consecuencia directa del delito como la droga producida, el dinero falsificado o los bienes con marca falsificada. La situación ha cambiado sustancialmente con las posteriores modificaciones al artículo 102 del CP que han terminado por regular el decomiso para tres bienes distintos: los instrumentos, los objetos y los efectos del delito. En cuanto a los instrumentos del delito, la regulación actual no contiene mayor variación respecto de la regulación originaria. Los cambios se han producido, más bien, en relación con lo que se entiende por objeto o efectos del delito. Los bienes que anteriormente eran considerados efectos del delito, se les llama ahora objetos del delito, junto con aquellos sobre los que recae la acción delictiva (por ejemplo, la especie protegida traficada o la mercancía contrabandeadas). El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-166 limita, sin embargo, el concepto «objeto del delito» a las cosas materiales sobre las que recae la acción típica (punto 9). La denominación de efectos hace referencia, por su parte, a los beneficios o ganancias derivados del delito (por ejemplo, el dinero recibido por la venta de la droga o el pago recibido por el sicario) (Gálvez Villegas, 2015, p. 56; Delgado Tovar, 2013, p. 62).

El legislador penal peruano sigue el modelo de regulación español que prevé una sola medida aplicable a los distintos bienes relacionados con el delito: el decomiso de efectos, ganancias e instrumentos. En el derecho penal alemán, por el contrario, se siguió inicialmente un sistema de regulación que distinguía diversas medidas de pérdida de dominio o traslado de la propiedad de bienes relacionados con el delito: En el caso de los instrumentos y efectos, lo que procedía era el decomiso (*Einziehung*, § 74 StGB), mientras que, si se trataba de ganancias lo que correspondía era la confiscación (*Verfall*, § 73 StGB), en donde se incluía, de manera específica, la privación de las ganancias ilícitas en el caso de las personas jurídicas (*Mehrerlösabführung*). Desde la reforma de 2017, también en Alemania se sigue ahora el sistema de una sola medida: el decomiso (Saliger, 2017, p. 995).

III. FUNDAMENTO

Bajo la vigencia del tenor original del artículo 102 del CP, no había mayor discusión para sostener que el fundamento por el cual el juez penal podía decretar el decomiso de los bienes relacionados con el delito se encontraba en la peligrosidad objetiva de los instrumentos o efectos del delito, en el sentido de que podían producir una nueva lesión del bien jurídico (Castillo Alva, 2001, pp. 198ss.). En consecuencia, el decomiso resultaba procedente cuando el juez hacía un juicio de prognosis positivo sobre esa peligrosidad. En el actual escenario legislativo, la peligrosidad objetiva ha dejado de ser claramente el fundamento común

del decomiso, pues no cabe duda de que las ganancias procedentes del delito no cuentan con esa peligrosidad que sirve de sustento al decomiso de los instrumentos o productos del delito. El fundamento del decomiso no puede ser, por lo tanto, el mismo en todos los casos, sino que dependerá del bien sobre el que recae dicha medida (Gálvez Villegas, 2015, pp. 40ss.).

En el caso de los objetos del delito, el fundamento del decomiso se mantiene en la peligrosidad de que estos bienes puedan producir una afectación de los bienes jurídicos penalmente protegidos. Así, por ejemplo, si los bienes que el contrabandista introduce ilegalmente al país no se decomisan, entonces dichos bienes podrían terminar entrando, de alguna manera, en el tráfico patrimonial interno, afectándose igualmente el orden del mercado doméstico que los delitos aduaneros buscan proteger. Debe hacerse la precisión de que el posible uso lesivo de los objetos del delito que autoriza su decomiso no necesariamente debe reunir los elementos constitutivos de una conducta penalmente relevante. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la droga en un delito de tráfico ilícito de drogas será peligrosa por el solo hecho de que drogodependientes puedan directamente consumirla. El delito deja objetos que podrían terminar lesionando o intensificando la lesión del bien jurídico penalmente protegido, si es que no son oportunamente decomisados. Si el objeto del delito es intrínsecamente delictivo, entonces su decomiso procede directamente por la indiscutible peligrosidad objetiva. Pero si los objetos del delito tienen, más bien, un carácter lícito, lo que corresponde es restituirlos a quien deba tenerlos consigo o servir para respaldar el pago de la reparación civil correspondiente.

El decomiso de los instrumentos del delito se sustenta igualmente en la peligrosidad objetiva, pero referida, de manera concreta, a su posible utilización en la comisión de un nuevo delito (Castillo Alva, 2001, p. 221; García Navarro, 2007, p. 50; Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 79). A lo que esta medida preventiva apunta, por lo tanto, es a retirar el instrumento del ámbito de disposición de su titular y evitar, de esta manera, un probable uso delictivo. En este orden de ideas, por ejemplo, el veneno que se ha utilizado para asesinar a la víctima debe ser decomisado, si es que no se quiere que vuelva a ser usado con fines delictivos. No hay una razón válida para limitar el decomiso de instrumentos a los que se hayan utilizado en la ejecución del delito y dejar fuera a los usados en la etapa de preparación (de otro parecer, sin embargo, Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 81; Gálvez Villegas, 2015, p. 62). Lo que decide el decomiso de un instrumento del delito debe ser la peligrosidad objetiva de ser nuevamente usado con la misma finalidad delictiva, no la proximidad de su uso con el resultado lesivo. Sin embargo, el artículo 102 del CP restringe el decomiso de los instrumentos a los que se hayan utilizado para «ejecutar» el delito. En

el derecho penal español, por el contrario, se ha zanjado esta discusión, incluyendo expresamente los instrumentos utilizados en la preparación (Puente Aba, 2009, p. 13).

La procedencia del decomiso de los instrumentos del delito bajo la idea de la peligrosidad objetiva es clara si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, como una máquina para falsificar billetes. Si se trata de bienes de lícito comercio, pero especialmente peligrosos como las armas de fuego o los explosivos, entonces el decomiso procederá si no hay certeza de un uso seguro por quien los tiene a su disposición. Un caso especial de decomiso de instrumentos del delito tiene lugar cuando los bienes de procedencia lícita se utilizan como medios para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia. La peligrosidad de estos bienes no se encuentra en su naturaleza, sino en la predisposición de su titular para usarlos como medio para ocultar o impedir la identificación del origen delictivo de otros bienes. Por el contrario, si los bienes utilizados como instrumentos del delito carecen de una peligrosidad objetiva intrínseca o una derivada de quien los tiene en su poder, no cabrá entonces su decomiso, sino, en todo caso, su secuestro para fines de investigación (prueba material) o su embargo para hacer frente a la eventual reparación civil por el daño producido, siempre que sobre el propietario pueda ejercerse la correspondiente acción civil.

Los efectos del delito están referidos, en la actual regulación del decomiso, a su rentabilidad. Bajo esta perspectiva, por tales se entiende los bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal. No interesa si la rentabilidad del delito es inmediata o mediata, por lo que se podrán incluir los beneficios obtenidos directamente por el delito (por ejemplo, la recompensa que recibe el sicario) y los que se producen con posterioridad (por ejemplo, el precio obtenido por la venta de un bien robado) (igualmente, en la regulación penal española, Vizueta Fernández, 2007, pp. 164ss.). En cuanto al fundamento que autoriza su decomiso, resulta claro que no puede residir en la peligrosidad objetiva de estos bienes relacionados con el delito, por lo que la adopción de esta medida no puede justificarse de la misma manera como se hace con los instrumentos u objetos del delito.

En la doctrina penal se sostiene, de manera relativamente extendida, que el decomiso de los beneficios de origen delictivo se fundamenta en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida, por lo que no puede admitirse un incremento patrimonial mediante la comisión de delitos (García Navarro, 2007, pp. 49ss.; Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 89; Gálvez Villegas, 2015, p. 68; Vizueta Fernández, 2007, p. 166). Se trataría, por lo tanto, de un mecanismo de redistribución que tiene lugar en el proceso penal ante una situación de enriquecimiento sin causa jurídicamente válida.

EL DECOMISO
DE BIENES
RELACIONADOS
CON EL DELITO EN
LA LEGISLACIÓN
PENAL PERUANA

THE FORFEITURE
OF ASSETS
IN PERUVIAN
CRIMINAL LAW

En esta línea de pensamiento, un sector importante de la doctrina penal alemana habla de una medida de compensación por un cuasi enriquecimiento sin causa (*quasi-kondiktionelle Ausgleichsmassnahme*), tal como lo informa Eser (Schönke & Schröder, 2001, § 73, 18). Este enfoque no es, en sí, erróneo, pero resulta, por lo menos, incompleto, pues el fundamento del decomiso de lo ilícitamente ganado reside finalmente en desincentivar al delincuente bajo la idea de que el delito no puede valer la pena (Chunga Hidalgo, 2014, p. 135). No hay duda de que las ganancias ilícitas se decomisan porque el delito no es una forma legítima de enriquecerse, pero la razón de hacerlo en el proceso penal es para desincentivar la decisión de cometer delitos.

Al tener claro el fundamento del decomiso de los efectos o ganancias del delito, resulta posible delimitar el alcance de lo que se puede decomisar bajo dicho concepto. Por un lado, los beneficios mediatos podrán decomisarse, aunque la vinculación con el delito se encuentre intermediada por un acto lícito. Así, por ejemplo, la renta procedente de alquilar el bien robado sigue siendo un efecto del delito a los fines del decomiso. Si el delito no puede ser un título válido para obtener incrementos patrimoniales, no hay razón para no englobar bajo el concepto de ganancia los beneficios lícitos obtenidos con los bienes procedentes directamente de un delito. Por otro lado, si el decomiso de los beneficios del delito fuese solamente una medida que impide el enriquecimiento sin causa lícita, entonces esta medida tendría que ajustarse a la ganancia neta, pues si se dirige al ingreso bruto, se desbordaría el fundamento del enriquecimiento sin causa y se entraría en un ámbito propiamente punitivo de pérdida hasta de lo invertido. El enfoque es, sin embargo, distinto si se tiene en cuenta que el decomiso apunta finalmente a desincentivar la comisión de delitos, pues limitar la ganancia decomisable a la neta llevaría a que el infractor juegue a ganar o no ganar con el delito. Por ello, el decomiso de las ganancias solamente podrá producir el efecto desincentivador deseado si es que el decomiso alcanza también a la inversión bajo la lógica del ingreso bruto.

El que los efectos del delito se definan de forma extensiva requiere, sin embargo, establecer algún tipo de limitación, pues, de lo contrario, se podría convertir en ilícita gran parte de la economía legal. Se deben encontrar ciertos límites normativos a la vinculación causal con el delito para mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado. En primer lugar, puede mencionarse el caso de la mezcla de las ganancias del delito con fondos lícitos. Si se siguiese un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirían en efectos del delito, lo cual no parece ser lo más razonable para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite en el mar. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada como un efecto del delito, siempre

que tenga cierta importancia en el conjunto. Lo anterior no rige si los fondos lícitos son utilizados para ocultar o lavar los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso pueden ser también decomisados bajo la calidad de instrumentos del delito. En segundo lugar, hay que mencionar los casos de transformación, en los que el bien original se transforma en otro distinto. Para que en estos casos se pierda la vinculación con el delito previo, debe tratarse de una transformación esencial que cambie incluso la naturaleza del bien originario. En tercer lugar, la procedencia delictiva debe limitarse cuando existe una adquisición de buena fe (Tiedemann, 2011, § 7, 281).

IV. NATURALEZA JURÍDICA

Por lo menos desde el punto de vista formal, el decomiso no está contemplado en la regulación penal nacional como una clase de pena (artículo 28 del CP), a diferencia de como estuvo regulado, por ejemplo, en la anterior regulación española (Ramón Ribas, 2004, pp. 218ss.). Como bien lo apunta Gracia Martín, este tratamiento diferente tiene repercusiones prácticas muy importantes, pues si se tratase de una pena, debería requerirse siempre la culpabilidad del autor, así como su aplicación personalísima, lo que significa que no podrían decomisarse objetos que no le pertenecieran al autor culpable (2004, pp. 391ss.). El decomiso tampoco puede ser considerado una medida de seguridad, si se tiene en cuenta el dato puntual de que el artículo 71 del CP no lo incluye como alguna de las medidas aplicables a los sujetos peligrosos. La situación no es distinta en relación con la reparación civil, pues, aunque se regulen en un mismo capítulo, el decomiso no forma parte de alguno de los conceptos que abarca la reparación civil (artículo 93 del CP). Ante este escenario legislativo, surge entonces la pregunta lógica sobre cuál es la naturaleza jurídica que le corresponde al decomiso.

Podría pensarse que, al tener el decomiso distintos fundamentos en función del bien sobre el que recae, su naturaleza jurídica deberá también distinguirse bajo el mismo criterio. Tal conclusión es, sin embargo, apresurada, pues el distinto fundamento del decomiso no implica necesariamente que su naturaleza jurídica sea diferente en los distintos bienes sobre los que puede recaer. El decomiso responde, en todos los casos, a una finalidad preventiva de evitar el riesgo de una nueva afectación de bienes jurídicos: en un caso evitando que bienes peligrosos produzcan nuevas lesiones al bien jurídico, en otro eliminando los incentivos para cometer delitos en razón de los beneficios que se pueden obtener (Gracia Martín, 2004, pp. 485ss.). Dado que la finalidad preventiva no se sustenta en la culpabilidad del autor, queda claro entonces que su naturaleza jurídica no puede ser penal. El decomiso es claramente una medida preventiva de carácter administrativo. Su

EL DECOMISO
DE BIENES
RELACIONADOS
CON EL DELITO EN
LA LEGISLACIÓN
PENAL PERUANA

THE FORFEITURE
OF ASSETS
IN PERUVIAN
CRIMINAL LAW

diferencia con las medidas de seguridad es que no se enfocan en la persona, sino en los bienes, por lo que su imposición no responde a un principio de personalidad (Ramón Ribas, 2004, p. 229).

V. PROCEDENCIA

V.1. Los bienes relacionados con el delito

Conforme a nuestra regulación legal, como ya se dijo antes, el decomiso puede recaer sobre los instrumentos, objetos y efectos del delito. Un bien que no se encuentre relacionado con el delito en cualquiera de esas tres formas no será posible de esta medida preventiva. Sin embargo, debe quedar claro que el decomiso no procede en todos los casos, sino que resulta necesario que se cumpla con aquello que justifica su imposición. En ese sentido, el instrumento utilizado para cometer el delito debe contar con la peligrosidad de un nuevo uso delictivo, del mismo modo que los objetos del delito deben ser de ilícito comercio para ser decomisados. En el caso de las ganancias, la situación es más sencilla, pues el decomiso procede respecto de todos los beneficios ilegítimos, a no ser que deban amparar el pago de la reparación civil.

Dado que el decomiso está referido a bienes que se encuentran relacionados con el delito, resulta de suma importancia determinar el alcance del término «delito» a tales efectos. No parece conveniente asumir una interpretación amplia en el sentido de un «hecho punible», sino, más bien, una estricta en el sentido estricto de un «injusto penal». En consecuencia, para que proceda el decomiso de un bien relacionado con el hecho penalmente relevante, basta con que el juez determine que ese hecho es típico y antijurídico, sin que sea necesario determinar la culpabilidad del autor, ni mucho menos su punibilidad (igualmente, Castillo Alva, 2001, p. 207; García Navarro, 2007, p. 51; Quispe Mejía, 2011, p. 312; Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 58; Gálvez Villegas, 2015, p. 36; Chunga Hidalgo, 2014, p. 128; Roig Torres, 2016, pp. 205ss.). De esto se desprende, por lo tanto, que el decomiso no está necesariamente atado a una sentencia condenatoria, sino que puede decretarse, incluso si se absuelve al procesado. Lo que solamente se requiere es que el juez penal determine la existencia de un injusto penal, con el cual el bien se encuentra vinculado como instrumento, objeto o efecto. La Corte Suprema de Justicia de la República no es, sin embargo, de este parecer, pues sostiene que el decomiso solo procede en caso de sentencia condenatoria, a excepción del caso en el que no se ha acreditado la participación del imputado en el delito, pero los bienes son intrínsecamente delictivos (véase la Casación 540-2015, Puno).

No existe una razón válida para limitar la medida del decomiso a los delitos dolosos, dejando al margen las realizaciones culposas penalmente sancionadas. Los delitos culposos constituyen también hechos

delictivos, por lo que sus instrumentos, objetos o efectos deberían poder ser igualmente decomisados. No obstante, Castillo Alva (2001, p. 226) hace una reducción teleológica del término infracción penal y lo limita a los delitos dolosos (del mismo parecer, García Navarro, 2007, p. 52; Gálvez Villegas, 2015, pp. 41ss.). En la regulación penal española, esta posibilidad está determinada legalmente, pues inicialmente el decomiso se restringía expresamente a los delitos dolosos, pero el tenor actual de la ley incluye también a los delitos culposos (Roig Torres, 2016, p. 208). Lo mismo cabe decir sobre la tentativa del delito. Aunque el delito no se consuma en el caso de una tentativa, su ejecución constituye ya un hecho penalmente relevante (García Navarro, 2007, p. 52). Bajo estas consideraciones, por ejemplo, los instrumentos que se utilizan en una ejecución no consumada del delito deberían ser también pasibles de un decomiso (Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 78; Chunga Hidalgo, 2014, p. 134). Yendo incluso más allá, Gracia Martín (2004, p. 397) sostiene que también procede el decomiso en el caso de actos preparatorios punibles. La discusión resulta, sin embargo, terminológica, pues podría considerarse que la realización de un acto preparatorio punible constituye ya un delito consumado.

Una cuestión final es la referida a si la expresión «delito» debe reducirse a los delitos en sentido estricto o si debe abarcar también a las faltas. Desde el punto de vista preventivo, no existe una razón para limitar el decomiso a los delitos, por lo que debería poder aplicarse también a las faltas (Castillo Alva, 2001, p. 206; García Navarro, 2007, p. 51). Esta afirmación podría ser puesta en tela de juicio, sin embargo, si se tiene en cuenta que el artículo 102 del CP se refiere exclusivamente al delito, siendo claro que el texto punitivo lo diferencia de lo que es una falta. No obstante, no debe olvidarse que el artículo 440 del CP señala que las disposiciones referidas a la Parte General resultan aplicables también a las faltas. En este orden de ideas, la medida del decomiso podrá decretarse en el proceso por faltas sobre los bienes que sean considerados instrumento, objeto o efecto de la falta.

V.2. El decomiso facultativo o parcial

El artículo 103 del CP establece un supuesto en el que el decomiso es facultativo o, en todo caso, solo parcial. Según este dispositivo legal, el juez podrá no decretar el decomiso o hacerlo solo parcialmente si es que los efectos o instrumentos del delito no son de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y la gravedad de la infracción penal. Hay que precisar, sin embargo, que el artículo 103 se ha quedado con la redacción original del artículo 102 del CP, pues hace referencia únicamente a los instrumentos y efectos del delito. Si el bien decomisable es un objeto del delito, su decomiso será, en todos los casos, obligatorio y total. Esta distinción carece de toda lógica, por lo que resulta necesario

que, en una futura modificación legislativa, se ordene adecuadamente esta regulación especial del decomiso.

Para que el juez penal pueda prescindir de decomisar los efectos o instrumentos del delito, o hacerlo solo parcialmente, resultan necesarias dos condiciones. En primer lugar, los bienes decomisables deben ser de lícito comercio. En segundo lugar, su valor no debe guardar proporción con la gravedad de la infracción penal cometida, en el sentido de tratarse de un bien de alto valor vinculado a un delito de escasa gravedad. Como puede verse, esta regla especial impregna el decomiso del principio de proporcionalidad (en relación con una disposición similar en el derecho penal español, véanse Gracia Martín, 2004, p. 380; Puente Aba, 2009, p. 12). Así, por ejemplo, el juez penal podrá no decretar el decomiso de la maquinaria pesada con la que se lesionó levemente a un trabajador. La Corte Suprema señala que, en estos casos, el juez penal debe optar por mantener el derecho a la propiedad (Casación 423-2014, Puno, punto 10.2).

V.3. El decomiso de bienes en manos de terceros

Si los objetos, instrumentos o efectos del delito se encuentran en la esfera de dominio de terceros, esa situación no tiene por qué impedir la procedencia del decomiso. En la redacción inicial del artículo 102 del CP se establecía, de manera general, que el decomiso no procedía contra los bienes que pertenecían a terceros no intervenientes en la infracción penal (críticamente con la anterior regulación, Castillo Alva, 2001, pp. 204ss.). Ahora, la regulación legal del decomiso admite expresamente tal posibilidad, aunque establece ciertas limitaciones, siempre que se trate de bienes de lícito comercio. La finalidad preventiva del decomiso no puede pasar por encima de los derechos de terceros que, sin tener relación con los hechos delictivos, hayan procedido conforme a derecho y actuado de buena fe (Rodríguez García, 2017, pp. 205ss.).

En el caso de los instrumentos del delito, el decomiso de bienes que pertenecen a terceros será posible si es que estos prestaron su consentimiento para el uso. Está claro que esa autorización debe ser de carácter general y no para la específica comisión del delito, pues, de ser este último el caso, su titular ya no sería, en estricto, un tercero. En el caso de los efectos del delito, el decomiso directo no procede si es que los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe a título oneroso, tal como se desprende del tenor del último párrafo del artículo 102 del CP que habilita el decomiso de valor equivalente para estos casos. Aunque respecto de los objetos del delito no existe una regulación expresa referida al caso de los bienes en poder de terceros, no hay duda de que, si el bien ha sido transferido a un tercero de buena fe, esa transferencia deberá ser respetada por razones de orden en el tráfico patrimonial. El

decomiso de los objetos del delito debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial.

V.4. El decomiso y la reparación civil

El decomiso no resulta procedente si el bien en cuestión debe cubrir o asegurar el pago de la reparación civil o tiene que ser restituido al afectado (Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 75). Así, por ejemplo, el automóvil con el que se lesionó gravemente a la víctima debe ser asegurado mediante un secuestro conservativo para el pago de la reparación civil y no, más bien, incautado como un instrumento del delito con fines de decomiso. Del mismo modo, el objeto del delito de hurto debe ser devuelto a su dueño y no, por el contrario, decomisado como un objeto del delito. La idea central es que el decomiso no perjudique el derecho de los perjudicados a ver cubierta satisfactoriamente la reparación civil.

Está claro que la limitación de la medida del decomiso para no afectar el pago de la reparación civil solamente se presenta respecto de bienes que sean de lícito comercio, pues si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, no podrán ser realizados para el pago de la reparación civil o restituídos a nadie. Tampoco proceden medidas de aseguramiento con fines de reparación civil respecto de las ganancias del delito, pues hacerlas pasibles de tal afectación implicaría admitir un derecho de propiedad del imputado sobre las ganancias del delito, lo que no es así (Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 114; Gálvez Villegas, 2015, p. 114). Para que el bien pueda respaldar el pago de la reparación civil, es necesario que el imputado o el tercero civilmente responsable sean propietarios legítimos de los bienes. La situación es distinta, sin embargo, si las ganancias del delito están constituidas por los bienes de las víctimas del delito como ocurre en las estafas o defraudaciones. En tal caso, lo que corresponde es la restitución de esos bienes.

V.5. La legitimidad procesal

Aunque el artículo 102 del CP asigna la decisión de decomisar los bienes al juez sin establecer expresamente si puede proceder de oficio o necesariamente a instancia de algún sujeto procesal, es evidente que tal cuestión forma parte de las pretensiones procesales asignadas al Ministerio Público (Gálvez Villegas & Delgado Tovar, 2013, p. 179). Esta situación ha quedado, por lo demás, completamente aclarada con la última modificación al artículo 349 del Código Procesal Penal (CPP), en la medida que se incluye, como parte del contenido de la acusación, la solicitud de las consecuencias accesorias (349.1 literal f). La introducción del decomiso en el debate penal obliga a que se tengan

EL DECOMISO
DE BIENES
RELACIONADOS
CON EL DELITO EN
LA LEGISLACIÓN
PENAL PERUANA

THE FORFEITURE
OF ASSETS
IN PERUVIAN
CRIMINAL LAW

VI. FORMAS ESPECIALES DE DECOMISO

Además de la manera regular de realizar el decomiso de bienes relacionados con el delito (el llamado decomiso directo, genérico, ordinario o propio), existen ciertas formas especiales de decomiso que apuntan a potenciar su finalidad preventiva. La regulación legal peruana recoge algunas de ellas, estableciendo ciertas condiciones particulares para su procedencia. Otras, sin embargo, aún no cuentan con un amparo legal.

VI.1. El decomiso sustitutivo

Una forma especial de decomiso es el llamado decomiso sustitutivo, el cual recae sobre los bienes que sustituyen a los efectos o ganancias que proceden directamente del delito. Así, por ejemplo, si el narcotraficante se compra una vivienda con el producto de las ventas de droga, el decomiso podrá recaer sobre dicha vivienda. Tal posibilidad está expresamente prevista en el tenor actual del artículo 102 del CP, cuando establece que el juez penal dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, «cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieran podido experimentar». Sin embargo, lo que no precisa la norma es si resulta posible que el decomiso pueda recaer, a la vez, sobre el bien sustituto y el bien sustituido. Al respecto lo razonable es que el decomiso recaiga solamente sobre el bien sustituto, a no ser que la sustitución constituya un nuevo delito (lavado de activos, principalmente) que autorice el decomiso de ambos bienes.

VI.2. El decomiso de valor equivalente

Otra forma especial de decomiso es el llamado decomiso de valor equivalente. Este decomiso tiene lugar cuando no es posible el decomiso de los efectos o las ganancias procedentes del delito porque estos han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga. En cuanto a los supuestos de aplicación del decomiso de valor equivalente, existen dos modelos legislativos posibles: el modelo de aplicación por frustrar el decomiso directo (Alemania) y el modelo de aplicación por cualquier impedimento (España) (véase, al respecto, Puente Aba, 2009, pp. 17ss.). Podría pensarse que, al incluirse la cláusula general de «cualquier otra razón análoga», la decisión del legislador nacional habría sido asumir el modelo del impedimento. Tal interpretación cobraría aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que se suprimió la referencia que inicialmente se hacía a que la razón de la improcedencia del decomiso directo debía ser

atribuible al autor o partícipe. Sin embargo, los supuestos previstos por la regulación nacional están referidos claramente a un acto de frustración del decomiso directo, lo que no cambia con la cláusula general de la razón análoga, pues esa otra razón tiene que ser similar a las expresamente contempladas. En consecuencia, la opción legislativa seguida es la del modelo de la frustración, aunque no importa si tal frustración ha sido provocada por los intervenientes en el delito o por terceros.

En caso de darse uno de los supuestos para el decomiso de valor equivalente, el juez dispondrá el decomiso de bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero (sin buena fe) por un monto equivalente al valor de los efectos o ganancias procedentes del delito que ya no pueden ser decomisados directamente. En un primer momento, la regulación del decomiso no contempló expresamente esta forma especial de decomiso, pero posteriormente, en la reforma de 2013, se le dio cabida mediante una modificación del artículo 102 del CP que apuntaba a adaptar la normativa del decomiso a los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (Gálvez Villegas, 2015, p. 88).

Al igual que el decomiso directo de los efectos o ganancias del delito, el decomiso de valor equivalente se fundamenta en impedir que el delito sea una forma legítima de incrementar el patrimonio y que no valga la pena cometerlo (Vizueta Fernández, 2007, p. 173; Gálvez Villegas, 2015, p. 88; Puente Aba, 2009, pp. 16ss.). Por esta misma razón, no existe ningún impedimento legal para aplicar conjuntamente un decomiso directo respecto de parte de las ganancias identificadas y un decomiso de valor equivalente respecto de la otra parte de las ganancias que ya no se puedan decomisar directamente (Vizueta Fernández, 2007, p. 175). Aunque no se establece una regla de exclusión, el recurso a esta forma especial de decomiso debe hacerse con el cuidado de no terminar dejando sin patrimonio que respalde el pago de la reparación civil.

Una cuestión que cabe discutir en relación con el decomiso de valor equivalente es si esta forma especial de decomiso resulta aplicable a aquellos beneficios que no se traducen en bienes concretos, por ejemplo, si lo que el delito produce es evitar una salida de bienes, como sucede con el delito de defraudación tributaria (Vizueta Fernández, 2007, p. 173). El decomiso de valor equivalente permitiría aplicar esta medida en otros bienes (de procedencia lícita) del beneficiado con el delito. Aunque esta posibilidad de decomiso pudiese entenderse justo desde el punto de vista de proscribir el enriquecimiento indebido por medio del delito, el modelo de regulación asumido por el artículo 102 del CP no da cabida a un supuesto como el descrito. Este dispositivo legal limita el decomiso de valor equivalente a los casos en los que los efectos o ganancias del delito han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de

buenas fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga. Dentro de estos supuestos no se incluye el caso de beneficios que, por la naturaleza del delito, no se traducen en bienes concretos.

VI.3. El decomiso ampliado

Nuestra legislación penal no acoge, por el contrario, la figura del decomiso ampliado que se regula, por ejemplo, en el derecho penal español (véase Roig Torres, 2016, pp. 206ss.; Rodríguez García, 2017, pp. 168ss.). Esta forma especial de decomiso recae sobre el patrimonio de las organizaciones criminales o terroristas o de autores de delitos especialmente sensibles como el cohecho, aun cuando se hayan originado antes del delito específicamente juzgado. Pese a su reconocimiento legal, en la doctrina penal española se sostiene que su materialización no puede ejercerse de manera absolutamente discrecional, siendo necesaria la existencia de elementos probatorios que vinculen el origen de dicho patrimonio con la actividad criminal desplegada por la organización a lo largo del tiempo. Lo que no se exigiría es el estándar probatorio propio para derribar la presunción de inocencia, sino uno más bajo relacionado más con la sospecha racional (Roig Torres, 2016, p. 250). Dada la ausencia de una regulación que admita expresamente en el Perú esta forma especial de decomiso en el proceso penal, el juez penal no podrá decretar el decomiso del patrimonio precedente de la organización criminal, quedando limitado su ámbito de aplicación a las ganancias derivadas del delito juzgado.

VI.4. La extinción de dominio

A diferencia de otras legislaciones penales que admiten el decomiso en el proceso penal, aunque el juez no emita un pronunciamiento de fondo (como sucede, por ejemplo, en la legislación penal española, tal como lo informan Roig Torres, 2016, p. 239; y Rodríguez García, 2017, pp. 194ss.), la legislación peruana ha optado, más bien, por regular tal posibilidad por medio de un proceso autónomo de extinción de dominio. A través de este proceso especial, la autoridad jurisdiccional declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias relacionados con actividades ilícitas. La primera norma que asumió este modelo regulativo fue el decreto legislativo 992, el que fue reemplazado luego por el decreto legislativo 1104. Sin embargo, la falta de obtención de los resultados esperados en relación con la recuperación de activos vinculados al delito (como lo destaca especialmente Chávez Cotrina, 2018, p. 14) ha motivado la promulgación del decreto legislativo 1373 que constituye el cuerpo legislativo actualmente vigente sobre el proceso autónomo de extinción de dominio.

En su configuración actual, el proceso de extinción de dominio recae sobre bienes que proceden de o están destinados a actividades ilícitas. Su ámbito de aplicación no es general, sino limitado a determinadas actividades ilícitas. Bajo la vigencia del decreto legislativo 1104, este proceso se circunscribía a 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, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado» (artículo 2.2). En la actualidad, el decreto legislativo 1373 ha ampliado la base de delitos o actividades ilegales, pero tampoco la ha abierto de manera total. En efecto, en su artículo I establece que la extinción de dominio

se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

Dicho de manera sintética, la extinción de dominio se aplica a los bienes relacionados con delitos expresamente mencionados, las actividades ilícitas que generan ganancias y los vinculados a las actividades de una organización criminal.

Pese a que en la redacción anterior del artículo 102 del CP se establecía una regla de preeminencia procesal a favor del proceso de extinción de dominio frente a la medida del decomiso, lo cierto es que los supuestos de procedencia previstos en el decreto legislativo 1104 ponían en evidencia que el proceso de extinción de dominio solo podía instaurarse si los instrumentos, objetos o efectos del delito no podían ser decomisados en el proceso penal. Por lo tanto, lo lógico no era partir de la preeminencia procesal del proceso autónomo de extinción de dominio, sino, más bien, del decomiso en el proceso penal (Gálvez Villegas, 2015, pp. 105ss.). La situación parece haber cambiado con la reciente aprobación del decreto legislativo 1373, en la medida que los supuestos de procedencia no se circunscriben a los casos en los que el bien relacionado con el delito no puede ser decomisado en el proceso penal. En efecto, en su artículo 7.1. literal a) se establece que el proceso de extinción de dominio procede «cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial». En consecuencia, frente a los bienes relacionados con los delitos abarcados

por el decreto legislativo 1373, lo que procedería es instaurar el proceso de extinción de dominio y dejar para el decomiso los bienes relacionados con delitos no abarcados por dicho dispositivo legal. El razonamiento precedente se oscurece, sin embargo, con lo dispuesto en el artículo 7.1. literal f) del decreto legislativo 1373, pues admite la procedencia del proceso de extinción de dominio para «bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa». Al final, entonces, no queda claro qué medida resulta preeminente sobre la otra: si la extinción de dominio sobre el decomiso o al revés.

Para decidir la cuestión planteada, resulta necesario tener claro que nuestra legislación actual establece la posibilidad de aplicar a un bien relacionado con el delito las medidas de extinción de dominio y de decomiso, las que producen finalmente la misma consecuencia: la traslación del bien al dominio del Estado. Es evidente, por lo tanto, que ambas medidas no pueden aplicarse conjuntamente, por lo que debe establecerse cuál de ellas tiene preeminencia sobre la otra. En nuestra opinión, dicha preeminencia debe recaer sobre la medida del decomiso, pues la naturaleza de la extinción de domino es claramente la de una medida de recogida, es decir, que su finalidad es permitir trasladar bienes relacionados con el delito que no pudieron ser decomisados, por alguna razón, en el proceso penal. Eso explica que se contemple la procedencia del proceso de extinción de dominio para los bienes relacionados con el delito que, habiendo estado afectados en un proceso penal, no fueron considerados en la investigación o no fueron objeto de un pronunciamiento de fondo. Pero, además, que proceda también para otros bienes que no han sido afectados en un proceso penal, pese a su vinculación con actividades ilícitas, como los que se revelan por un incremento patrimonial no justificado, los bienes lícitos que encubren u ocultan bienes de origen delictivo, los bienes abandonados o no reclamados relacionados con una actividad ilícita, los bienes sustitutos de bienes relacionados con el delito o los bienes anteriores que se hayan transmitido a otros por sucesión en caso de muerte.

La legitimidad de la extinción de dominio no ha sido un tema pacífico, al menos en las primeras discusiones. Algunos cuestionaron su constitucionalidad por encerrar una medida que sería, al parecer, confiscatoria de la propiedad (Chang Kcomt, 2008, p. 33). Sin embargo, lo cierto es que la extinción del dominio no recae sobre bienes legítimamente adquiridos, sino sobre aquellos que están relacionados con actividades ilícitas, por lo que no afecta, en estricto, el derecho a la propiedad constitucionalmente reconocido (Chávez Cotrina, 2008, pp. 123ss.). Lo que debe determinarse, entonces, es la razón jurídica

por la que un juez puede extinguir el dominio sobre un bien. Pese a que la consecuencia jurídica de la extinción de dominio es la misma que la que produce el decomiso, su fundamento es distinto. La extinción de dominio tiene un fundamento esencialmente civil; dicho de manera más precisa: su finalidad es impedir que se pueda adquirir la propiedad o derechos reales sobre bienes por medio de actividades ilegales. Eso explica que sea un proceso autónomo, es decir, que el pronunciamiento del juez sobre la extinción del dominio de un bien no dependa de la previa acreditación de un delito o injusto penal en un proceso penal. Es más, la redacción actual utilizada por el decreto legislativo 1373 ni siquiera se refiere específicamente a actividades delictivas, sino a actividades ilícitas en general, por lo que podría proceder también respecto de bienes relacionados directa o indirectamente con actividades que, sin ser delitos, se encuentran al margen de la legalidad.

El proceso de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, por lo que le corresponde al juez tomar la decisión, de naturaleza real y contenido patrimonial, de extinguir el dominio sobre un bien relacionado con una actividad delictiva. Este proceso consta de dos etapas: una etapa de indagación patrimonial y una etapa judicial. Al Fiscal Especializado en Extinción de Dominio le corresponde dirigir la etapa de indagación patrimonial, contando con el apoyo de la División Policial Especializada. Su principal objetivo es identificar, individualizar, localizar y ubicar los bienes de valor patrimonial sobre los cuales puede activarse un proceso de extinción de dominio, así como recopilar los elementos probatorios para demostrar la concurrencia de alguno de los supuestos de extinción de dominio. Concluida la indagación patrimonial, el Fiscal Especializado puede demandar ante el juez competente la declaración de extinción de dominio o archivar la indagación patrimonial, cuando no sea posible fundamentar ninguno de los supuestos de procedencia. La etapa judicial se inicia cuando el fiscal formula por escrito ante el juez la demanda de extinción de dominio. Si el juez admite la demanda, el requerido debe absolverla, ofreciendo los medios probatorios que crea conveniente para acreditar la licitud de los bienes, objetos, efectos o ganancias que sean materia del proceso de extinción de dominio. Luego de ello, el juez señala fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, en la que se verifica el interés y legitimación de las partes procesales, así como se abre la posibilidad a que las partes propongan las excepciones o nulidades que estimen convenientes. El Juez decide lo concerniente a las excepciones y la admisibilidad o rechazo de las pruebas ofrecidas. Finalizada la audiencia inicial, el juez fija fecha para llevar a cabo la audiencia de actuación de medios probatorios.

En la audiencia de actuación de medios probatorios se actúan los medios probatorios admitidos en la audiencia inicial con participación directa del juez, quien debe valorarlos en conjunto y de acuerdo con

las reglas de la crítica razonada. Concluida la actuación de los medios probatorios, el fiscal, el procurador público, el abogado del requerido y el del tercero que se haya apersonado al proceso presentan sus alegatos. El juez procede a dictar sentencia, pronunciándose sobre si la demanda está fundada o no. Contra la sentencia que declara fundada la demanda de extinción de dominio o que la desestima, procede únicamente el recurso de apelación con efecto suspensivo. Si la sentencia declara fundada la demanda, debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado.

VII. DESTINO FINAL DE LOS BIENES DECOMISADOS

El decomiso de los bienes relacionados con el delito se debe disponer con la sentencia (Chunga Hidalgo, 2014, p. 138). En la regulación originaria del decomiso no existía una disposición general sobre el destino de los bienes decomisados. En la actual redacción del artículo 102 del CP se dispone que los bienes intrínsecamente delictivos deben ser decomisados y luego destruidos. A esta regulación general se suman regulaciones específicas en ciertos delitos recogidos en la Parte Especial del Código Penal o en leyes penales especiales. Por ejemplo, el artículo 224 del CP, en el caso de delitos contra la propiedad industrial, y el artículo 24, de la Ley de Delitos Aduaneros (ley 28008), disponen que el destino final de los objetos decomisados sea su inutilización o destrucción. De lo anterior se podría deducir que el destino final de los bienes decomisables es la destrucción. No obstante, cabe la posibilidad de decretar su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro en el caso de bienes que sean de lícito comercio, tal como lo prevé, por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Delitos Aduaneros. En este sentido, si los bienes decomisados son de lícito comercio, cabe su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro, mientras que, si son intrínsecamente delictivos, lo que corresponde es su destrucción o inutilización.

VIII. LA INCAUTACIÓN CAUTELAR

Como cuestión final, debe señalarse que los objetos, instrumentos o efectos del delito pueden decomisarse cautelarmente, es decir, antes de la expedición de la sentencia. A esta forma de proceder se le ha denominado incautación cautelar, la que se encuentra regulada en el CPP (Quispe Mejía, 2011, p. 317; Delgado Tovar, 2013, p. 65). El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-166 ha dejado absolutamente claro su naturaleza cautelar respecto de bienes susceptibles de ser decomisados. Esta medida cautelar es realizada por la fiscalía y, en caso de flagrancia, puede hacerlo incluso la policía, pero requiere siempre de la decisión

confirmatoria del juez de la investigación preparatoria. En casos en los que no exista urgencia, la incautación requiere de una resolución judicial previa que la disponga.

Debido a que el CPP no cuenta con una regulación específica, la incautación de los objetos, instrumentos y efectos del delito ha sido regulada específicamente en diversos delitos económicos de la Parte Especial del CP, como, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad industrial, así como también en delitos regulados en leyes especiales, como es el caso, por ejemplo, de los delitos aduaneros. En este último caso, la norma que regula la incautación dispone lo 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 auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario (ley 28008, artículo 13).

La incautación de los bienes judicialmente decretada o confirmada es posible de un reexamen si es que varían los presupuestos que motivaron su imposición, tal como lo establece el inciso 1 del artículo 319 del CPP. Asimismo, esta posibilidad de reexamen se contempla también para el caso de los propietarios de buena fe de los bienes incautados que no hayan intervenido en el delito investigado. Se trata de un mecanismo similar a la tercera exclusiva de propiedad que se contempla para el caso de la medida cautelar de embargo. Luego de una audiencia para discutir la solicitud del reexamen, en la que debe participar el peticionario, el juez tomará la decisión correspondiente mediante la expedición de un auto debidamente motivado. Esta decisión puede ser objeto de un recurso de apelación.

En el caso de determinados bienes intrínsecamente delictivos como las drogas, o de bienes cuya alta peligrosidad objetiva no puede controlarse como los instrumentos usados para la minería ilegal en zonas de difícil acceso, se procede disponer su incautación e inmediata destrucción. Esta inmediata destrucción de los bienes se sustenta en el riesgo que existe de que puedan desplegar efectos lesivos durante el tiempo que dure la emisión de una sentencia que disponga su decomiso y posterior destrucción. No es que, en estos casos, proceda el decomiso inmediatamente, sino que se ejecuta anticipadamente la destrucción de los bienes. La sentencia debe, de todas maneras, pronunciarse sobre el decomiso y confirmar, en todo caso, la decisión de destrucción de los bienes.

IX. CONCLUSIONES

1. El decomiso consiste en el traslado de determinados bienes relacionados con el delito a la esfera de titularidad del Estado. Se encuentra regulado en el artículo 102 del Código Penal. Puede recaer sobre instrumentos, objetos y efectos del delito. Los primeros son los bienes utilizados para cometer o intentar cometer el delito. Los objetos del delito son aquellos bienes que resultan o son consecuencia inmediata del delito. Los efectos del delito hacen referencia a los beneficios derivados del delito, dentro de los que destacan especialmente las ganancias. El legislador penal peruano sigue el modelo de regulación español que prevé una sola medida aplicable a los distintos bienes relacionados con el delito.
2. En el caso de los objetos del delito, el fundamento del decomiso es la peligrosidad de que estos bienes puedan producir una afectación de los bienes jurídicos penalmente protegidos. El decomiso de los instrumentos del delito se sustenta igualmente en la peligrosidad objetiva, pero referida, de manera concreta, a su posible utilización en la comisión de un nuevo delito. El fundamento del decomiso de efectos no reside en la peligrosidad objetiva de estos bienes relacionados con el delito, sino en desincentivar al delincuente bajo la idea de que el delito no puede valer la pena. Pese a tener el decomiso distintos fundamentos en función del bien sobre el que recae, su naturaleza jurídica es la misma: se trata de una medida preventiva de carácter administrativo. Su diferencia con las medidas de seguridad es que no se enfocan en la persona, sino en los bienes, por lo que su imposición no responde a un principio de personalidad.
3. El término «delito», con el que están vinculados los bienes decomisables, no debe interpretarse en el sentido de «hecho punible», sino, más bien, de «injusto penal». No existe una razón válida para limitar el decomiso a los delitos dolosos, por lo que debe alcanzar a los bienes relacionados con delitos culposos. Tampoco hay razón para dejar de lado la tentativa del delito. Aunque el delito no se consuma en el caso de una tentativa, su ejecución constituye ya un hecho penalmente relevante. Desde un punto de vista preventivo, el decomiso no tiene por qué limitarse a los delitos, por lo que debería aplicarse también a los bienes relacionados con las faltas.
4. El artículo 103 del CP establece un supuesto en el que el decomiso es facultativo o, en todo caso, solo parcial. Tal situación se presenta si los efectos o instrumentos del delito no

- son de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y la gravedad de la infracción penal.
5. Si los objetos, instrumentos o efectos del delito se encuentran en la esfera de dominio de terceros, esa situación no impide la procedencia del decomiso. En el caso de los instrumentos del delito, el decomiso de bienes que pertenecen a terceros será posible si es que estos prestaron su consentimiento para el uso. En el caso de los efectos del delito, el decomiso directo no procede si es que los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe a título oneroso, tal como se desprende del tenor del último párrafo del artículo 102 del CP que habilita el decomiso de valor equivalente para estos casos. Aunque respecto de los objetos del delito no existe una regulación expresa referida al caso de los bienes en poder de terceros, no hay duda de que, si el bien ha sido transferido a un tercero de buena fe, esa transferencia deberá ser respetada por razones de orden en el tráfico patrimonial.
 6. El decomiso no resulta procedente si el bien en cuestión debe cubrir o asegurar el pago de la reparación civil o tiene que ser restituido al afectado. Esta limitación se presenta únicamente respecto de bienes que son de lícito comercio, pues si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, no podrán ser realizados para el pago de la reparación civil o restituídos a nadie. Tampoco proceden medidas de aseguramiento con fines de reparación civil respecto de las ganancias del delito, pues hacerlas pasibles de tal afectación implicaría admitir un derecho de propiedad del imputado sobre las ganancias del delito.
 7. El decomiso de bienes relacionados con el delito es una pretensión que postula el Ministerio Público en el proceso. Esta situación ha quedado claramente definida con la última modificación al artículo 349 del CPP, en la medida que se incluye, como parte del contenido de la acusación, la solicitud de las consecuencias accesorias (349.1 literal f).
 8. Además de la manera regular de realizar el decomiso (el llamado decomiso directo, genérico, ordinario o propio), existen las formas especiales de decomiso. La regulación legal peruana recoge el decomiso sustitutivo (recae sobre los bienes que sustituyen a los efectos o ganancias que proceden directamente del delito) y el decomiso de valor equivalente (procede cuando no es posible el decomiso de los efectos o las ganancias procedentes del delito porque estos «han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga»)

(CP, artículo 102). Por el contrario, el decomiso ampliado (recae sobre el patrimonio de las organizaciones criminales o terroristas o de autores de delitos especialmente sensibles como el cohecho, aun cuando se hayan originado antes del delito específicamente juzgado) no está reconocido en el CP como una forma especial del decomiso.

9. La legislación nacional opta por regular tal posibilidad por medio de un proceso autónomo de extinción de dominio cuando no es posible decretar el decomiso en un proceso penal. A través de este proceso, la autoridad jurisdiccional extingue el dominio a favor del Estado de objetos, instrumentos, efectos o ganancias que proceden de actividades ilícitas o están destinados a estas. Su ámbito de aplicación no es general, sino que se limita a «las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada» (decreto legislativo 1373, artículo I).
10. El decomiso de los bienes relacionados con el delito se debe disponer con la sentencia. Los bienes intrínsecamente delictivos deben ser decomisados y luego destruidos. No obstante, cabe la posibilidad de decretar su adjudicación a instituciones públicas o sin fines de lucro en el caso de bienes que sean de lícito comercio.
11. Los objetos, instrumentos o efectos del delito pueden decomisarse cautelarmente, es decir, antes de la expedición de la sentencia. Esta forma de proceder se denomina incautación cautelar y se encuentra regulada en el CPP.

REFERENCIAS

- Achenbach, H. & Ransiek, A. (eds.). (2008). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (2^a ed.). Heidelberg: Müller.
- Aránguez Sánchez, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Barcelona: Marcial Pons.
- Castillo Alva, J.L. (2001). *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: IDEMSA.
- Chang Kcomt, R. (2008). Ley de pérdida de dominio: un enfoque civil y penal. *JuS Doctrina y Práctica*, 4(abril), 25-40.

- Chávez Cotrina, J.W. (2018). *La pérdida de dominio: implicancias en el Perú*. Lima: Instituto Pacífico.
- Chunga Hidalgo, L. (2014). Las consecuencias accesorias y el decomiso. *Actualidad Penal*, 4(octubre), 120-143.
- Delgado Tovar, W.J. (2013). Incautación y decomiso: pretensiones olvidadas por el órgano persecutor del delito. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 52(octubre), 59-79.
- Gálvez Villegas, T.A. (2015). *Decomiso, incautación y secuestro* (2^a ed.). Lima: Valla Ediciones.
- Gálvez Villegas, T.A. & Delgado Tovar, W.J. (2013). *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- Gálvez Villegas, T.A. & Guerrero López, S.Y. (2009). *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- García Navarro, E. (2007). Implicancias penales y procesales del decomiso. *JuS Doctrina & Práctica*, 6(junio), 41-61.
- Gracia Martín, L. (coord.). (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (3^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Puente Aba, L.M. (2009). La regulación del comiso en el Código Penal español. *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE)*. Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>
- Quispe Mejía, F. (2011). Consecuencias accesorias del delito. En G. Urquiza Videla (coord.), *Estudios críticos de derecho penal peruano* (pp. 305-324). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramón Ribas, E. (2004). La respuesta del derecho penal moderno al delito: del derecho penal de doble vía al derecho penal de cinco vías? En P. Faraldo-Cabana, L.M. Puente Aba y J.Á. Brandariz García (coords.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (pp. 179-258). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez García, N. (2017). *El decomiso de activos ilícitos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Roig Torres, M. (2016). La regulación del comiso: el modelo alemán y la reciente reforma española. *Estudios Penales y Criminológicos*, 36, 199-279. Recuperado de <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/3028/3389>
- Saliger, F. (2017). Grundfragen der Vermögensabschöpfung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 129(4), 995-1034. Recuperado de <https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0047>
- Schönke, A. & Schröder, H. (2001). *Strafgesetzbuch Kommentar* (26^a ed., eds. Eisele, Eser, Heine, Lenckner, Perron, Sternberg-Lieben y Stree). Múnich: Beck.
- Tiedemann, K. (2011). *Wirtschaftsstrafrecht, besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten* (3^a ed. actualizada y aumentada). Múnich: Vahlen.

Vizueta Fernández, J. (2007). El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas. *Revista Penal*, 19, 162-177. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10272/12223>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-166, fundamento: artículo 116° TUO LOPJ, asunto: incautación, Corte Suprema de Justicia de la República, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, 16 de noviembre de 2010 (Perú). Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_poder_judicial/as_corte_suprema/as_salas_supremas/as_sala_penal_permanente/as_acuerdos_plenarios_y_sentencias_vinculantes_spp/as_acuerdos_plenarios/as_2010/

Código Penal [CP] (Perú). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf

Código Procesal Penal [CPP] (Perú). Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 423-2014, Puno, 3 de noviembre de 2015 (Perú). Recuperado de https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/NCPP/s_nuevo_ncpp/as_ncpp_nuevo/as_casaciones/as_Delitos_Aduaneros/?WCM_PI=1&WCM_Page.dcd7e1004f9ef9999b03df7aff04da0f=4

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación 540-2015, Puno, 27 de setiembre de 2016 (Perú). Recuperado de https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/NCPP/s_nuevo_ncpp/as_ncpp_nuevo/as_casaciones/as_Delitos_de_Lavado_de_Activos/

Strafgesetzbuch [StGB] (Código Penal alemán). Recuperado de <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>

Decreto legislativo 992, Decreto legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2007, 349736-349739.

Decreto legislativo 1104, Decreto legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de abril de 2012, 464370-464377.

Decreto legislativo 1373, Decreto legislativo sobre extinción de dominio, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de agosto de 2018, 7-16.

Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de junio de 2003, 246214-246220.

Recibido: 12/06/2018
Aprobado: 08/08/2018

El uso de drones en España: el ámbito espacial de la ley penal

Use of Drones in Spain: Space Sector of the Criminal Law

MANUEL LUIS RUIZ-MORALES*

Universidad de Cádiz

Resumen: El presente artículo se encarga de analizar varios aspectos que podrían replantearse al generalizarse entre la población el uso de los drones, considerando las eventuales consecuencias penales que el uso de estos artílujos puede provocar. Por ello, este trabajo versará sobre la problemática relativa a la comisión de delitos haciendo uso de un dron, prestando atención a las clásicas discusiones sobre la ley penal aplicable y volviendo sobre ellas, ofreciendo cierta solución a estos potenciales interrogantes —conforme a los diversos principios regulatorios— que, muy probablemente, se extenderán en un inmediato futuro en el mundo jurídico. De este modo, se articula un sistema en el cual preponderará una determinada ley penal sobre otra y en virtud del cual siempre existirá una ley penal aplicable con el fin de evitar la impunidad del delito cometido mediante un dron.

Palabras clave: drones, ley penal, España, ámbito espacial, principios

Abstract: The present article analyses various aspects which should be restated because of the widespread usage of drones in the current society, thus as the criminal consequences due to the use of these gadgets. Accordingly, the aim of this writing will be to give possible solutions to the problematic related to commission of crimes because of the use of a drone, paying attention to classical arguments about the criminal law, which is possible to implement. Therefore, a system is collapsible in which it will be preponderated a specific law above another, whereby it always will exist a criminal law applicable to avoid the impunity of the crime committed by a drone.

Key words: drones, criminal law, Spain, space sector, principles

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.-II. PALABRAS PREVIAS.-II.1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.- II.2. DIVERSIDAD DE USOS E IMPLICACIONES JURÍDICAS.- III. DRONES Y DERECHO PENAL: LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.- III.1. LAS REGLAS DETERMINANTES DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.- III.2. PRIMACÍA DE UNOS CRITERIOS SOBRE OTROS EN LOS DELITOS COMETIDOS CON DRONES. MODIFICACIÓN DE LA PREPONDERANCIA EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS INSTAUADOS.- III.3. LA APLICACIÓN COMPLEMENTARIA DE LAS REGLAS QUE DISPONEN LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL.- IV. CONCLUSIONES.

* Personal docente e investigador en formación de la Universidad de Cádiz. Profesor e investigador invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).
Código ORCID: 0000-0003-2381-1503. Correo electrónico: manuel.ruizmoral@uca.es

I. INTRODUCCIÓN

La humanidad —desde los albores de la Revolución Industrial a la actualidad— ha venido sufriendo un desarrollo social, cultural, demográfico, científico, sanitario, técnico y tecnológico exponencial, sin precedentes en nuestra historia como especie¹. Además, en este sentido, se prevé que dicha evolución de las innovaciones continúe por la mencionada senda —incluso a un ritmo más vertiginoso— en las próximas décadas y lustros. Especialmente acelerado es el desarrollo de invenciones e innovaciones en los campos de la informática, la computación, la cibernetica o la robótica —campos que sirven de principal respaldo a importantes industrias como la industria sanitaria—. Asimismo, se debe mencionar particularmente al sector de las telecomunicaciones y la aeronáutica. Evidentemente, estos medios técnicos —surgidos como consecuencia de los progresos científicos y tecnológicos de nuestro tiempo— facilitan la vida diaria de los habitantes del orbe, o al menos de aquellos que pueden acceder al uso de tales tecnologías. Ahora bien, las posibilidades que ofrecen tales medios también pueden ser utilizadas para cometer conductas ilícitas de una manera más sencilla, tanto por el sujeto individualmente considerado como por los grupos criminales. Es por ello que constantemente aparecen en nuestros días nuevos problemas jurídicos para las diversas ramas del derecho, y concretamente para el derecho penal. Así, actualmente surgen tipos penales que hace algunos lustros ni aparecían en los códigos penales como conductas tipificadas, ni preocupaban a la sociedad de aquel momento.

Algo parecido ocurrirá con un artilugio que, aunque recientemente ha cumplido cien años de existencia, ha alcanzado un desarrollo y una popularización recién en los últimos años: los drones. Estos vehículos aéreos no tripulados vieron la luz como fruto del ingenio del profesor Archibald Low durante la I Guerra Mundial. Aunque su prototipo no cumplió con las expectativas en aquel momento (Haluaní, 2014, pp. 47-50), actualmente su operatividad es tan manifiesta que cualquier ejército cuenta con equipos y/o dispositivos de este tipo². Ahora bien, el día 3 de noviembre de 2002 siempre será una fecha relevante para el análisis jurídico —e incluso penal— de los drones, puesto que durante esa jornada el líder yemení de Al-Qaeda, Qaed Salim Sinan al-Harethi, fue abatido y eliminado por el ejército estadounidense a través de

1 Basta pensar en el campo de los transportes, en los que, en apenas dos siglos, se pasó de vehículos de tracción animal, como burros o caballos, a vehículos a motor de carburación y explosión, como aviones o buques, los cuales reducen considerablemente las distancias que separan el mundo.

2 Está de más discutir sobre las funcionalidades operativas que pueden desempeñarse con estos aparatos voladores en el ámbito militar, puesto que ya se han utilizado en conflictos bélicos como la Guerra Fría, la Guerra del Golfo o la de los Balcanes. Esto es así a tal punto que el propio Ejército español desde 2015 constituyó la Onceava Escuadrilla de Aeronaves de la Armada, conformada únicamente por sistemas de vuelo por control remoto. Ello no debe resultar extraño, toda vez que diversos Estados de la Unión Europea han iniciado tal senda —e incluso la Comisión Europea ha presentado propuestas y trabajado sobre este particular—.

un misil lanzado desde un aparato aéreo controlado remotamente, reconociéndose oficialmente su muerte por este medio (Pincus, 6 de noviembre de 2002). De esta manera se evidenció el potencial de acción de estos artíluguos aéreos, los cuales pueden ser usados para cometer delitos. Resulta tan evidente que los drones serán utilizados con fines criminales que, para afirmarlo, ya no hay que hablar en futuro, sino que ya es un hecho del presente. En este sentido, se debe destacar que hace escasamente unos días (el 5 de setiembre de 2018) se produjo uno de los primeros hechos ilícitos cometidos en España mediante este tipo de aeronaves. Se trató de un hecho doloso (López-Fonseca, 5 de setiembre de 2018) que al poco tiempo fue seguido por otro imprudente³, los cuales fueron reportados por la prensa nacional.

Por lo tanto, una vez llegados a este punto, se debe iniciar finalmente el estudio en cuestión explicando someramente la estructura del artículo, con el fin de facilitar la tarea de comprensión al lector. Así, el presente artículo tiene como objetivo reanalizar la ley penal en el espacio, en tanto la generalización de la utilización de las aeronaves conocidas como drones puede afectar las reglas determinantes del ámbito espacial de la ley penal en el futuro. Por lo tanto, en virtud de las reglas actuales y vigentes sobre este asunto particular en los ordenamientos jurídico-penales del mundo y, específicamente, en el ordenamiento jurídico español, se fijará un criterio ponderativo en el que debe primar el mayor interés, con el objetivo de evitar la impunidad, para conocer la ley penal aplicable. De este modo, tras esta Introducción y una vez que se realicen ciertas precisiones sobre la terminología que se emplea para referirse a estos artíluguos voladores, se procederá a conocer ciertas implicaciones o consecuencias jurídicas derivadas del uso de estos drones. Posteriormente, nos detendremos concretamente en el nudo gordiano de este trabajo, que no es otro que abordar el asunto de la ley penal en el espacio en vinculación con la problemática que crean los drones en ese ámbito. Finalmente, se presentarán las conclusiones.

II. PALABRAS PREVIAS

II.1. Aproximación al concepto

Hogaño, el término «dron» se ha extendido y normalizado en nuestro lenguaje, puesto que estos artíluguos se vienen utilizando cada vez más habitualmente. Por lo tanto, no es extraño que cualquier persona no perita en dichos aparatos ya haya visto en más de una ocasión algún dron en funcionamiento —en alguna carrera popular, prueba deportiva, acontecimiento festivo o simplemente al encontrarse con alguien que

³ Dos días más tarde que la noticia anterior, los medios de comunicación dieron eco a otra noticia que se titulaba así «Denuncian a un individuo que pilotaba un dron cerca del aeropuerto de Vigo y casi choca contra un helicóptero policial» (Denuncian a un individuo, 7 de setiembre de 2018).

lo hace volar por mero divertimento— o, al menos, en venta en los repositorios y mostradores de los centros comerciales donde estos se comercializan para niños, adolescentes y adultos. Ahora bien, solo basta adentrarse en el mundo aeronáutico de los drones para observar que hay muchas denominaciones y siglas para referirse a estos objetos. Es por ello que debe analizarse sucintamente las denominaciones más representativas, con el fin de evitar equívocos, aun cuando esta cuestión no sea de vital importancia para este trabajo.

En primer lugar, la Real Academia Española y su Diccionario de la Lengua nos informa que la palabra «dron» se deriva de la voz inglesa «*drone*» y se refiere a una aeronave no tripulada. Sin embargo, esta definición es muy escueta y poco profunda, por lo que parece que habría que acudir a las normas en la materia para saber qué sería considerado un dron para los avezados especialistas de este campo de la aeronáutica. Así, el organismo público español que goza de competencias con respecto a los drones, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) —organismo adscrito al Ministerio de Fomento del Gobierno español—, explica en su sitio web que un dron es «una aeronave controlada por control remoto», detallándose que el término fue incorporado en el sector para referirse a las aeronaves de este tipo que se usaban con fines militares, aunque también explicita que ahora se ha extendido su denominación a todas las aeronaves que ostentan una morfología similar a las anteriores aunque se utilicen con fines comerciales o profesionales. Ahora bien, hay que mencionar que la AESA denomina a aquellos drones que meramente poseen una finalidad lúdica o recreativa aeromodelos, aunque no por ello dejarían de ser considerados globalmente como aeronaves.

En segundo lugar, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) diferencia entre tres formas de desarrollar la aviación no tripulada. Esta agencia de las Naciones Unidas no ha normativizado a las aeronaves no tripuladas, aunque en su Circular 328 AN/190 se ocupa de los «Sistemas de aeronaves no tripuladas» (SANT)⁴. Las tres formas de aviación no tripulada serían (1) aquella en la que el vehículo aéreo estuviese pilotado por control remoto por una persona que no se halla a bordo de la aeronave, aunque domina y conduce la dirección del vuelo; (2) por otro lado, aquella consistente en un aparato aéreo similar al anterior, aunque programado —siendo plenamente autónomo—, esto es, la propia aeronave controla su vuelo, sin posibilidad de manejo remoto; (3) o bien, una mixtura de ambos tipos —híbridos— (Avendaño, 2016, s.p.).

⁴ Denominados en inglés *Unmanned Aerial System* o por sus siglas (UAS). Igualmente, y de manera similar, se usa el término *Unmanned Aerial Vehicle* (UAV), que en español se traduce como «vehículo aéreo no tripulado» (VANT).

En tercer lugar, es necesario señalar que la normativa española que regulaba el uso civil de los drones nada decía al respecto. El Real Decreto-Ley 8/2014 —el cual se convirtió, posteriormente, en Ley 18/2014, del 15 de octubre— reguló a estos dispositivos voladores provisionalmente en su artículo 50, sin hacer mención a concepto alguno (Pauner Chulvi, 2016, pp. 88-89). Así, la normativa proyectada (Proyecto de Real Decreto) para regular el uso civil de drones en España centró su contenido en las aeronaves tripuladas por control remoto⁵ o en los sistemas de estas⁶, como ocurre en el resto del panorama internacional. Finalmente, hace escasos meses se publicó el Real Decreto 1036/2017, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto. De este modo, como indica el propio título de la ley, se excluyen de su reglamentación las aeronaves no tripuladas y autónomas. En este sentido, el artículo 5. a) de dicha norma define a la aeronave pilotada por control remoto (RPA) como aquella que se encuentra no tripulada y que es dirigida a distancia desde una estación de pilotaje remoto.

Por lo tanto, a los efectos de aclarar todo este entramado de nomenclaturas y siglas, habría que afirmar que —de acuerdo con la definición de la Real Academia Española— un dron, en tanto aeronave no tripulada, se correspondería con las RPA, ya sea que se dirijan externa y remotamente, o automáticamente —a pesar de que la normativa actual las distingue—. Así, el término dron sería totalmente equivalente al término UAV o VANT, siendo las RPA un tipo concreto de UAV o dron, esto es, los que se dirigen mediante algún sistema de control remoto, quedando fuera de esta concepción los vehículos que ostentan un dominio autónomo (Sarrión Esteve, 2016, pp. 3-4). Sin embargo, antes de continuar, se debe advertir al lector que —aunque todo el que se adentre a la normatividad en torno a este tipo de aeronaves se encontrará con todas estas diversas denominaciones— para los fines de este estudio resulta indiferente la consideración a la que se quiera prestar atención. Así, se considerará como dron cualquier vehículo aéreo o aeronave no tripulada, ya sea pilotada remotamente, ya sea que actúe con pleno control de su vuelo —esto es, se dirija autónomamente—, toda vez que este análisis va más allá de los aspectos puramente civiles y administrativos.

II.2. Diversidad de usos e implicaciones jurídicas

Como bien se explica en el preámbulo del ya mencionado Real Decreto 1036/2017, los avances científicos y técnicos de la última década —los cuales han abaratado considerablemente los costes de fabricación

5 RPA o *Remotely Piloted Aircraft*.

6 RPAS o sistemas de aeronaves tripuladas por control remoto por sus siglas en inglés. Esta noción aglutina a los RPA con los medios que hacen posible el vuelo, como la estación o la conexión de vuelo (Pauner Chulvi, 2016, p. 89).

de estos aeromodelos— han permitido la aparición y proliferación casi masiva de estos aparatos voladores sobre nuestros cielos para ejecutar aplicaciones diversas⁷ —y de un nuevo tipo de usuario—. Sin pretensiones de exhaustividad, se pueden aludir a algunas de las actividades para las cuales se utilizan los drones en la actualidad: labores de vigilancia, control de fronteras exteriores y mares, uso en casos de emergencias o urgencias de diversa índole, tareas de supervisión aduanera, actuaciones en entornos peligrosos para las personas, en el ámbito de la seguridad —policial y de salvamento—. Asimismo, pueden mencionarse áreas como la inspección de instalaciones industriales y agrícolas; las comunicaciones de radio y televisión; la gestión de la contaminación; los estudios de construcciones y edificaciones; los estudios ecológicos, medioambientales y meteorológicos. Los drones también se emplean con fines publicitarios, de *marketing*, en las distintas ramas científicas y empresariales; incluso, en los últimos años, se está produciendo una abundante comercialización de vehículos aéreos controlados remotamente para lograr imágenes y vídeos con fines creativos, lúdicos o de mero entretenimiento. Como un ejemplo de acontecimientos en los que se ha usado masivamente estos vehículos aéreos, se puede mencionar la operatividad que ofrecen en el campo de la seguridad y la vigilancia. Así, no es de extrañar que, durante los Juegos Olímpicos de 2012, celebrados en Londres, se utilizó una multitud de estos aparatos (Blasi, 2014, p. 1).

A la vista de todo lo anterior, parece evidente que los drones tienen gran repercusión jurídica en el campo militar, de la seguridad y de la actividad policial⁸. De este modo, el primer campo jurídico que se vio afectado con su uso fue el derecho internacional (Lara, 2014, pp. 95-97), en tanto el dron ya ha sido utilizado en ataques armados en conflictos beligerantes o —más recientemente— en la lucha contra el terrorismo internacional que va más allá de las fronteras estatales (Gómez Isa, 2015, pp. 62-66). En los últimos tiempos, como se ha mencionado *ad supra*, con la proliferación del uso de estos aparatos para fines lúdicos o de mero entretenimiento por parte de personas de todas las edades que disfrutan simplemente poniendo en vuelo a estas aeronaves no tripuladas, se ha desarrollado cierta legislación sobre el uso civil de las mismas. Con dicha legislación apareció su reglamentación jurídica, no solo a través de la promulgación de normas (como el Real Decreto 1036/2017 —para el caso español— o normas internacionales y/o comunitarias), sino que

7 Hay que tener en cuenta que estos aparatos son prácticamente invisibles. Asimismo, pueden llevar incorporados equipos tecnológicos adyacentes y diversos de gran calidad visual, de reconocimiento facial, servomotores, equipos de escucha o de interceptación de las comunicaciones, etcétera (Aced Félez, 2013, pp. 48-50). Además, sus posibilidades de permanencia en el aire son casi infinitas, puesto que hay prototipos que no requieren descender de sus vuelos para ser cargados de energía.

8 En este sentido, ya se ha escrito sobre el particular y sobre la validez o no de las pruebas obtenidas con la ayuda de este artilugio y los equipamientos anexados, en tanto esto puede vulnerar los derechos más elementales de las personas (Amer Martín, 2016).

también la doctrina ha tratado el tema de los derechos de las personas que pueden verse afectados con el uso masivo de los drones, como los derechos a la intimidad y a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio (Escribano Tortajada, 2017, pp. 244-248), o la protección de los datos de carácter personal (Pauner Chulvi, 2016, pp. 94-105; Fernández Cuadrado, 2016, pp. 2-4).

Por todo ello, así como en ciertas ramas del derecho el uso de drones ha provocado regulaciones y nuevas formas de entender el acervo jurídico civil o internacional, la utilización de estos aeromodelos también puede menoscabar y/o perjudicar intencional o imprudentemente bienes jurídicos fundamentales. Así, aunque los delitos que se cometan serán los mismos que si se cometiesen sin dron —es decir, serán los tipificados en los códigos penales—, no es menos cierto que la utilización de estas aeronaves sin tripulación hace necesario replantearnos nuevamente algunos aspectos penales. Por lo que respecta a este artículo concreto, este abordará y volverá a plantear problemas que ya parecían superados —como los relativos a la ley penal en el espacio ante las posibilidades de comisión de delitos a distancia sin correr peligro de ser detenido—.

III. DRONES Y DERECHO PENAL: LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Algunos autores han anunciado el inmediato impacto que la robótica y los drones —ya que los drones no dejan de ser considerados robots— provocarán en el ámbito jurídico penal, como antaño sucedió con la informática. No obstante, debido a las características exclusivas de este campo, se deberá aplicar un derecho propio y/o autónomo respecto de otros espacios del derecho penal (Quintero Olivares, 2017, pp. 3-5). Más concretamente, y también muy recientemente, ya se ha escrito algo sobre la responsabilidad penal de los drones y los robots. Evidentemente, cuando este artilugio es dirigido por control remoto, el responsable civil o penalmente relevante sería aquella persona que lo dirige. Pero ¿qué ocurre si se trata de un vehículo aéreo autónomo y programado, que funciona como un autómata? La solución es sencilla: aquel que lo programa para cometer un delito es responsable penalmente como autor directo —y no meramente como autor mediato— (Quintero Olivares, 2017, pp. 13-17)⁹.

Ahora bien, estos aspectos escapan del propósito de este trabajo —esto es, distan de la problemática sobre el ámbito espacial de la ley penal en los delitos cometidos mediante el uso de un dron que puede haber sido pilotado o programado muy lejos del lugar de comisión del delito. De este

⁹ En ese artículo se atiende también a otros aspectos penales propios de la teoría del delito, como el dolo, la legítima defensa o el caso fortuito.

modo, para comenzar con el nudo gordiano del estudio, se debe decir que —en principio— el artículo 8.1 del Código Civil español señala que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». Igualmente, la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) reconoce, más específicamente, que «en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

Dicho esto, en un primer momento, si se tiene en cuenta que el resto de países del mundo ostentan legislaciones con reglas similares y que la propia LOPJ acoge otros principios ampliadores de la jurisdicción y la ley penal a efectos de que no quede delito sin castigar, parecería que con la mencionada regulación se acabarían los problemas relativos a la determinación de la jurisdicción penal en cualquier materia y a la ley penal aplicable ante un hecho delictivo¹⁰. No obstante, esta afirmación no puede estar más alejada de la realidad, puesto que, en ocasiones, incluso en relación con delitos y crímenes que pueden ser considerados tradicionales, aparecen complicaciones a la hora de dilucidar la extensión y los límites de las leyes penales.

Como se ha venido diciendo, las nuevas tecnologías, la robótica y, más concretamente, la masificación lúdico-recreativa del uso de drones hacen que hoy en día cualquiera pueda contar con uno de estos aparatos voladores, con sus funcionalidades y aplicaciones. Ello supone también una fuente de potenciales peligros y genera posibles modificaciones sustanciales a la hora de atentar contra algunos de los bienes jurídicos protegidos que la norma penal intenta amparar. Esta situación, no cabe duda, alterará la forma de entender las leyes penales en el espacio, ya que las reglas actuales no permitirían perseguir el delito correctamente. Aunque el presente artículo busca también proponer eventuales soluciones, su principal misión es adentrarse en ese enrevesado futuro y, sobre todo, pensar e invitar a repensar esos asuntos que, en unos años, estarán muy en boga, adelantando algunas reflexiones sobre el tema.

10 A la hora de estudiar la ley penal en el espacio, ocurre que dicha temática se confunde con la problemática de la competencia penal, esto es, de la jurisdicción penal y de los tribunales que deben conocer de un delito. Ello se debe a que, para resolver el problema del ámbito espacial de la ley penal en España, hay que ir a distintos instrumentos jurídicos dispersos en el ordenamiento jurídico español, como los tratados internacionales suscritos por España, el Código Civil o la LOPJ —aunque no el Código Penal—, por mencionar algunos (García Sánchez, 2004, pp. 16-19). Por lo tanto, ante tal concomitancia es menester analizar ambos problemas como si se tratase de uno solo, aun cuando son asuntos diversos, al punto de formar parte de ramas jurídicas diversas —a saber, el derecho penal y el procesal—. Ante esta situación, es lógico pensar que el Código Penal español debería regular la ley penal en el espacio, como ocurre en otros ordenamientos penales (Sainz Cantero, 1990, p. 413).

Piénsese en algunos ejemplos de casos que —sin afán de resolverlos, ni de que se trate de un *numerus clausus*— se exponen para hacer recapacitar sobre el particular, toda vez que, como decía el aforismo anglosajón, «casos difíciles hacen mal derecho»¹¹. En este punto, se podría mencionar el ejemplo del sujeto que, desde el territorio de un país, dirige un UAV —programado para disparar— al territorio de otro país y, en este segundo país, provoca la muerte de una persona. ¿Qué ocurriría en este caso? ¿Cuál es el país que debe tener jurisdicción sobre el asunto y qué ley penal se aplica? Habría que prestar atención a una multitud de circunstancias. ¿Cómo se busca o se persigue al culpable desde las instituciones policiales del país donde se produjo el resultado (muerte), si a lo mejor ni siquiera se sabe de dónde partió el vehículo? De todas formas, se podría pensar que, a pesar de atentar contra el bien jurídico «vida», se trataría solo de un resultado mortal. Pero ¿qué ocurriría si ese mismo artilugio aéreo hubiera llevado consigo una granada de mano o un artefacto explosivo que se pone en marcha a través de un simple servomotor, produciendo la muerte de varias personas o —incluso— de una gran cantidad de personas? ¿Qué sucedería si, a través del vehículo aéreo no tripulado, se produce un ataque a un barco o a un avión de pasajeros? En estos casos, al menos se contaría con el derecho de pabellón del buque o de la aeronave. Sin embargo, si esa misma ofensa se realiza en aguas abiertas, asaltando una patera de inmigrantes ilegales que no enarbola bandera de país alguno, ni siquiera existiría Estado soberano en cuyo territorio se hubiese producido el resultado, dificultando tanto la determinación de la acción como del resultado. Ello comprometería enormemente las labores de esclarecer cuál sería la jurisdicción competente y las leyes penales aplicables.

Es evidente también, y se debe señalar, que la amplitud de conductas que se pueden desarrollar con la ayuda de un dron es innumerable. Piénsese en la cercanía de las costas de Marruecos y España, por ejemplo, y las posibilidades de efectuar el tráfico de drogas por medio de estos aparatos, sin necesidad de utilizar «mula» o transportador, asegurando la posición del victimario —ya que se hace imposible la aprehensión del sujeto activo—. Incluso, el transporte o tráfico podría implicar sustancias tóxicas o prohibidas por diversas circunstancias, como las nucleares o radiactivas. Por lo tanto, las posibilidades de actuación son mínimas, produciéndose dificultades enormes a la hora de la obtención de pruebas o de determinar quién es el autor. Además —para el caso de que se consiguieran pruebas—, la ineeficacia de la extradición de los propios nacionales limitaría el juzgamiento del individuo. Fundamentalmente, sería extremadamente complicado dirimir de qué país deberían ser los

11 Traducción de «hard cases make bad law».

tribunales soberanos encargados de conocer de la cuestión¹² o de qué país debería ser la ley aplicable.

III.1. Las reglas determinantes de la ley penal en el espacio

Para poder establecer la jurisdicción competente —esto es, los juzgados y tribunales que conocerán de la comisión de un determinado delito— y aplicar de ese modo las leyes penales de ese territorio, es especialmente trascendental tomar en cuenta el lugar de la comisión del delito o *locus commissi delicti* (Polaino Navarrete, 2013)¹³. Aunque esto parecería una tarea medianamente sencilla —ya que muchos de los (ahora considerados clásicos) penalistas se ocuparon de esta problemática—, no lo es tanto en relación con los llamados «delitos a distancia». En efecto, los cuestionamientos sobre el foro de comisión del delito no se han solventado definitivamente, sino que, a lo largo del tiempo, han ido primando unos criterios sobre otros. Además, en la actualidad existen multitud de vicisitudes que han dado lugar a un nuevo florecimiento de las preocupaciones en torno al lugar de comisión —como ha ocurrido con los delitos de blanqueo de capitales, por ejemplo, o, de una forma más paladina, en relación con los ciberdelitos (Cárdenas, 2008, pp. 2-3)—. Es posible afirmar que estas preocupaciones se manifestarán cada vez más con respecto al fenómeno que se analiza en este texto —es decir, los delitos a distancia cometidos por medio de drones—, puesto que estos dificultan las tareas de persecución e instrucción policial, hasta el punto de comprometer las labores investigativas ante las complejidades en la fijación y averiguación del propio autor del delito.

Teoría de la actividad

En virtud de esta corriente doctrinal, el lugar donde se comete el acto típico, antijurídico y culpable es aquél en el que se expresa o materializa la voluntad del agente o actor del hecho, bien mediante una acción o una omisión (Polaino Navarrete, 2013); esto es, donde el autor realiza la acción (Muñoz Conde & García Arán, 2015, p. 168). Es decir, el lugar será el lugar donde hace externa su voluntad —la cual, hasta ese momento, era una intención o voluntad interna, por lo que no era delito, aun cuando el autor fuese un sádico que disfrutase imaginando el delito en su fuero interno—. Por lo tanto, a partir de ese momento externaliza su elemento volitivo que supone contravenir la norma penal (Antonini, 2005, p. 8). Según este criterio, se acerca la determinación

12 En este sentido, es extrapolable la solución planteada respecto de los delitos informáticos, cuando se dice que «se tendrá que analizar e investigar cuántos países, territorios e individuos se encuentran implicados con motivo de la comisión de la conducta penal y si alguno de ellos ha decidido emprender un proceso penal en sus tribunales» (Velasco San Martín, 2010, pp. 215-216).

13 Incluso en el ámbito puramente procesal, en el ámbito interno —a la hora de fijar la competencia territorial—, el fuero preferente será el tribunal del lugar de comisión del delito (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2010, pp. 76-78).