



# IMPLICANCIAS DE LA INCAUTACIÓN Y EL DECOMISO DE UN BIEN AFECTADO EN GARANTÍA QUE ES OBJETO DE EJECUCIÓN

FRANCISCO AVENDAÑO ARANA\*

### RESUMEN

*Para el autor, el conflicto entre la incautación y decomiso, por un lado, y el derecho del acreedor hipotecario, por otro, es un conflicto entre “derechos de diferente naturaleza”, que debe ser resuelto, conforme al segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil. Se encuentran enfrentados el derecho del acreedor hipotecario, titular de un derecho real, y el derecho del Estado que dispone la incautación cautelar. Así, ante la pregunta sobre qué derecho debe prevalecer, el autor responde que debe prevalecer el que nace primero, al igual que la propiedad versus el embargo. Si el derecho del acreedor hipotecario nace primero, prevalece sobre la incautación. En cambio, si primero se incauta el bien, y luego se hipoteca, prevalece la incautación.*

**PALABRAS CLAVE:** Garantía hipotecaria / Incautación / Decomiso / Derechos de diferente naturaleza

**Recibido:** 04/08/2020

**Aprobado:** 07/08/2020

### INTRODUCCIÓN

El Tema III del Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del 2017 de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, el Pleno) analizó las implicancias de la incautación y el decomiso expedidas al interior de un proceso

penal, cuando está en trámite el remate judicial de un bien hipotecado.

El tema en discusión en el Pleno fue muy simple: si un inmueble hipotecado luego es incautado o decomisado, ¿procede la ejecución de la hipoteca?

En el Pleno se plantearon las siguientes preguntas:

**Pregunta 1.-** ¿Qué implicancias tiene respecto del remate de un bien hipotecado, la medida de incautación del mismo bien dictada en un proceso penal?

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría por la Universidad de Boston, especializado en Derecho Inmobiliario. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima.

**Pregunta 2.-** ¿Qué implicancias tiene respecto de la ejecución de garantía el decomiso del bien, ordenado en un proceso penal con anterioridad a la hipoteca, mediante sentencia que aún no está firme?

**Pregunta 3.-** ¿Qué implicancias tiene respecto de la ejecución de garantía el decomiso del bien, ordenado en un proceso penal, mediante sentencia firme?

Los magistrados que participaron en el Pleno respondieron por unanimidad lo siguiente:

**Respuesta 1.-** Por la naturaleza de la incautación, de ser medida cautelar para un futuro decomiso, no debe procederse al remate, hasta que se resuelva en el proceso penal el destino del bien.

**Respuesta 2.-** El decomiso que aún no está firme tiene los mismos efectos impositivos del remate que la incautación, hasta que se resuelva el proceso penal con carácter firme.

**Respuesta 3.-** El decomiso ordenado en sentencia penal firme impide, en todo caso, el remate del bien, aun cuando dicho decomiso haya sido dictado y/o inscrito después de la hipoteca; o del inicio del proceso de ejecución o del auto final firme.

En las líneas siguientes analizaré el Tema III del Pleno. Previamente me referiré a la incautación y al decomiso.

## **I. LA INCAUTACIÓN Y EL DECOMISO**

### **1. ¿Qué son la incautación y el decomiso?**

Tanto la incautación como el decomiso de bienes son medidas de coerción de naturaleza penal. La incautación supone la toma de posesión forzosa de bienes relacionados con un ilícito penal, para efectos de prevenir su ocultamiento o para la búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

Cuando la incautación tiene como finalidad prevenir el ocultamiento de bienes, se le denomina incautación cautelar. Por su lado, cuando tiene como finalidad la búsqueda de prueba y restricción de derechos, se califica como una medida instrumental restrictiva de derechos.

Una característica central de la incautación cautelar es la desposesión del bien para efectos de garantizar el futuro decomiso, siendo este un acto mediante el cual el bien incautado deja de ser propiedad del dueño y pasa formalmente al dominio del Estado.

Así, se tiene que la incautación persigue la toma de posesión forzada de un bien, mientras que el decomiso está concebido como una modalidad involuntaria de extinción del dominio privado.

## **2. La incautación cautelar**

La incautación cautelar es una medida de coerción penal regulada en los artículos 316 al 320 del Nuevo Código Procesal Penal. Está dirigida a que la fuerza pública tome posesión forzosa de bienes que son poseídos ilegítimamente, debido a que se encuentran involucrados en un ilícito penal (constituye un instrumento, efecto o resultado del delito). Dicha medida es forzosa por razones de interés público y es una forma de prevenir el ocultamiento de bienes.

Al respecto, en el inciso 1 del artículo 316 del Nuevo Código Procesal Penal señala:

Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público.

Por su lado, el numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116, emitido por la Corte

Suprema de Justicia de la República del Perú el 16 de noviembre de 2010, establece lo siguiente:

7° La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –propia-mente, medida instrumental restrictiva de derechos– (artículos 218 al 223 del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–), y como medida de coerción –con una típica función cautelar– (artículos 316 al 320 del NCPP) –. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material– y, luego, probatoria que ha de realizarse con el juicio oral.

En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

En esta línea, Cabanellas (citado por Cubas Villanueva, 2015) indica:

La incautación es la toma de posesión forzosa que la autoridad judicial o de otra especie hace de los bienes poseídos ilegítimamente, precisos para una garantía o

resarcimiento, o necesarios para remediar una escasez, combatir el acaparamiento y la especulación, o para otros fines de interés público. (p.416)

Adicionalmente, García Cavero (2018) enseña:

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 Código Procesal Penal. (p.132)

Como podemos apreciar, la incautación cautelar supone una medida provisional para efectos de evitar la circulación de un bien en el mercado y su posible ocultamiento. La finalidad de esta medida provisoria es que, una vez emitida la sentencia condenatoria, el bien incautado pase al dominio del Estado a través de la modalidad del decomiso. A pesar de que la incautación cautelar es una medida eminentemente posesoria, por tratarse de una medida cautelar, debe inscribirse en la partida registral del inmueble materia de incautación<sup>1</sup>.

### 3. El decomiso

El decomiso es el destino natural de la incautación cautelar. En esta medida, el bien incautado pasa a formar parte del dominio del Estado. Es decir, mediante un acto de atribución patrimonial, el Estado se convierte en propietario del bien previamente incautado. Esta confiscación se produce, únicamente, si

1 Sobre el particular, el inciso 2) del artículo 318 del Nuevo Código Procesal Penal señala o siguiente:

“(…) 2. Sin perjuicio de lo anterior, si se trata de incautación de bienes muebles se procederá de manera que se tomen bajo custodia y –si es posible– se inscribirá en el registro correspondiente. **Si se trata de bienes inmuebles o de derecho sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva.** De igual forma, se procederá cuando se dicte la medida de incautación sobre bienes inscribibles. Cuando los bienes incautados no se encuentren a nombre del inculpa-do se inscribirá dicha medida cursándose los partes a los Registros Públicos, debiendo el funcionario competente proceder conforme al mandato judicial (…)” (el resaltado es nuestro).

COMENTARIO RELEVANTE  
DEL AUTOR



La incautación cautelar es una medida de coerción penal regulada en los artículos 316 al 320 del Nuevo Código Procesal Penal. Está dirigida a que la fuerza pública tome posesión forzosa de bienes que son poseídos ilegítimamente, debido a que se encuentran involucrados en un ilícito penal (constituye un instrumento, efecto o resultado del delito). Dicha medida es forzosa por razones de interés público y es una forma de prevenir el ocultamiento de bienes.

en el proceso penal donde se incautó el bien se emite una sentencia condenatoria firme<sup>2</sup>.

El decomiso está regulado en el artículo 102 del Código Penal, en los siguientes términos:

**Artículo 102.-** Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización.

Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

2 No obstante que no es materia de este artículo, es discutible que el decomiso sea constitucional. El artículo 70 de la Constitución establece que la propiedad es un derecho inviolable y que a nadie puede privarse de la suya, salvo exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Es decir, el Estado solo puede privar a los particulares de su propiedad a través de una expropiación (adquisición forzosa), llevada a cabo con las formalidades establecidas en la Constitución. Si el Estado se atribuye una propiedad que tiene dueño, sin un proceso expropiatorio previo, se configura un acto confiscatorio, violatorio del derecho de propiedad del dueño. En el caso del decomiso, el bien incautado pasa a ser de propiedad del Estado, sin que haya expropiación previa ni una causa de seguridad nacional (una guerra) o necesidad pública (una carretera). El bien incautado debería ser rematado, y el producto del remate destinado a combatir el crimen, pero nada justifica constitucionalmente que el Estado confisque un bien privado.

Al respecto, García Caveró (2018) señala:

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. (p. 134)

En este orden de ideas, el decomiso es un acto confiscatorio de la propiedad privada, mediante el cual el Estado se convierte en propietario de los bienes previamente incautados, los cuales pueden ser instrumentos, objetos y/o efectos del delito. Es decir, con el decomiso se cumple la finalidad última de la incautación: el bien que fue inicialmente desposeído del dueño pasa a la titularidad del Estado.

#### 4. ¿Sobre qué bienes puede recaer la incautación y el decomiso?

La incautación y el decomiso recaen sobre bienes relacionados con la comisión del delito. En estricto, ambas medidas procesales recaen sobre bienes que constituyen efectos, instrumentos y objetos del delito. Los efectos del delito son los beneficios derivados del delito (como por ejemplo las ganancias). Los instrumentos son los bienes que se utilizan para cometer el delito y los objetos son aquellos que son el resultado inmediato del delito.

Al respecto, el numeral 9 del Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ-116 indica:

9° La incautación cautelar (artículo 316.1 del NCPP) incide en los efectos

#### COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR



Como podemos apreciar, la incautación cautelar supone una medida provisional para efectos de evitar la circulación de un bien en el mercado y su posible ocultamiento. La finalidad de esta medida provisoria es que, una vez emitida la sentencia condenatoria, el bien incautado pase al dominio del Estado a través de la modalidad del decomiso. A pesar de que la incautación cautelar es una medida eminentemente posesoria, por tratarse de una medida cautelar, debe inscribirse en la partida registral del inmueble materia de incautación.

provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.

A. Los efectos del delito o (producto *scaeleris*) son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

B. Los instrumentos del delito o (*instrumenta scaeleris*) son los objetos que, puestos en relación de medio a fin de la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

COMENTARIO RELEVANTE  
DEL AUTOR



El decomiso es un acto confiscatorio de la propiedad privada, mediante el cual el Estado se convierte en propietario de los bienes previamente incautados, los cuales pueden ser instrumentos, objetos y/o efectos del delito. Es decir, con el decomiso se cumple la finalidad última de la incautación: el bien que fue inicialmente desposeído del dueño pasa a la titularidad del Estado.

C. Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal procede el decomiso como consecuencia accesoria que se discutirá en la sentencia (artículo 102 CP).

Como podemos apreciar, la incautación y el decomiso pueden recaer sobre bienes que constituyen instrumentos, objetos y efectos del delito. Ahora bien, es importante recalcar que estos bienes deben de ser necesariamente de propiedad de los responsables penales vinculados con el delito. Es decir, la regla es que solo se pueden incautar y/o decomisar los bienes de aquellos que probadamente han participado en el hecho punible, nunca puede afectar a terceros que han

adquirido, de manera legítima, la propiedad de esos bienes.

Dicha regla se estableció como doctrina jurisprudencial, en el fundamento décimo octavo de la Casación N° 382-2013-Puno<sup>3</sup>, en el cual se estable lo siguiente:

**Décimo octavo:** Por lo señalado precedentemente, se puede afirmar que el derecho a la propiedad solo puede limitarse bajo supuestos legalmente establecidos, como en efecto lo es la incautación, y posteriormente de ser necesario el decomiso; sin embargo al tratarse de la limitación –permanente, o temporal en el mejor de los casos– de un derecho constitucional, debe proceder a verificar ciertos supuestos –¿quién es el propietario del bien?, ¿el propietario del bien, intervino en el ilícito?–, y realizar un análisis para dictar una decisión acorde a ley y proporcional.

Es así que *prima facie*, tal como lo establece el Tribunal Constitucional, solo resulta legítimo una limitación al derecho de propiedad mediante la incautación, si el bien pertenece a uno de los procesados por el delito materia de investigación. Con mayor razón, el decomiso al ser una consecuencia accesoria del delito solo corresponderá aplicarse si el bien –sujeto a posible comiso– es de propiedad de uno de los responsables penales del ilícito investigado.

Por lo tanto, si el propietario de un bien incautado, demuestra fehacientemente que no tiene una vinculación objetiva con el delito investigado, pues se trata de un tercero ajeno al ilícito, podrá solicitar la devolución del bien y deberá concedérsele inmediatamente, o de necesitarse para la investigación del ilícito podrá postergarse

3 Casación N° 382-2013-Puno del 10 de marzo del 2015.

su entrega hasta el fin del proceso –motivando la necesidad de su cautela–. En todo caso, la limitación al derecho de propiedad del tercero ajeno al delito, nunca será de manera permanente, eventualmente se dictará temporalmente por razones de investigación del delito, pero siempre con una debida motivación que demuestre la proporcionalidad de la medida.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02989-2012-PA/TC<sup>4</sup>, indica lo siguiente:

Con base en lo anterior este Tribunal considera pertinente precisar que solo en los casos en los que una persona se encuentra procesada (sea en la condición de autor, coautor, cómplice, etc.), puede resultar legítimo incautar sus bienes, por ejemplo, los vehículos, hasta la emisión del pronunciamiento definitivo en el proceso penal.

Como podemos observar, de acuerdo a la doctrina jurisprudencial dispuesta por la Corte Suprema (Casación N° 382-2013-Puno) y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 02989-2012-PA/TC), solo se puede incautar y/o decomisar bienes de las personas que tengan vinculación objetiva y probada con el delito perseguido por la acción penal. Dicho en otros términos, no se pueden incautar ni decomisar bienes de terceros ajenos al ilícito, no procesados que adquirieron la propiedad de bienes de manera legítima y que no tienen ninguna relación con la comisión del hecho punible.

## II. EL PLENO JURISDICCIONAL DISTRICTAL COMERCIAL DEL 2017

El Tema III del Pleno analizó las implicancias de la incautación y el decomiso expedidas al interior de un proceso penal, cuando está en trámite el remate judicial de un bien

### COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR



El conflicto entre la incautación y decomiso, por un lado, y el derecho del acreedor hipotecario, por otro, es igualmente un conflicto entre “derechos de diferente naturaleza”, que debe ser resuelto, también, conforme al segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil. Se encuentran enfrentados el derecho del acreedor hipotecario, titular de un derecho real, y el derecho del Estado que dispone la incautación cautelar. ¿Qué derecho prevalece? Pues muy simple: el que nace primero, al igual que la propiedad versus el embargo. Si el derecho del acreedor hipotecario nace primero, prevalece sobre la incautación. En cambio, si primero se incauta el bien, y luego se hipoteca, prevalece la incautación.

hipotecado. Sobre el particular, los magistrados asistentes al Pleno se hicieron tres preguntas.

**Primera pregunta:** “¿Qué implicancias tiene respecto del remate de un bien hipotecado, la medida de incautación del mismo bien dictada en un proceso penal?”.

Sobre el particular, hubo cuatro ponencias. La primera ponencia señaló que “Por la naturaleza de la incautación, de ser medida cautelar para un futuro decomiso, no debe procederse al remate, hasta que se resuelva en el proceso penal el destino del bien”. Según la segunda ponencia, “La orden judicial de incautación no afecta la validez y eficacia

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02989-2012-PA/TC del 14 de diciembre de 2012.

de la hipoteca inscrita, por lo que en ningún caso puede impedir su ejecución. El remate debe realizarse, pero la adjudicación del bien no implica el levantamiento de la incautación, por lo que el adjudicatario asume el riesgo del posterior decomiso del bien en el proceso penal”. La tercera ponencia estimó que “El remate debe realizarse, y la adjudicación implica el levantamiento registral de la incautación, pero el producto del remate se reserva y se pone a disposición del Juzgado Penal, a resultas de lo que este decida en sentencia firme con un eventual decomiso”. La cuarta ponencia, por último, manifestó que “En todo caso debe realizarse el remate del bien, y su adjudicación implica el levantamiento registral de la incautación y el pago al ejecutante, sin restricción alguna”.

La primera ponencia resultó ganadora por unanimidad (aunque hubo cinco abstenciones). El fundamento de esta posición fue el siguiente:

El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal.

Por tanto, emitida una orden de incautación o, peor aún, una de decomiso, la ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble objeto de aquella, debe suspenderse, no pudiendo en ningún caso llevarse a cabo el remate. Lo contrario importaría viabilizar que se sustraiga de la acción penal el inmueble sobre el cual ha de recaer la consecuencia accesoria que la ley prevé para el delito. En tal caso, procederá la suspensión de la ejecución, hasta que se resuelva en definitiva la causa penal. Lo contrario implicaría privar de eficacia el decomiso instaurado

por normas de derecho público como mecanismo de lucha contra el crimen, no pudiendo argüirse en contrario la existencia de auto final firme que ordena el remate, pues en tal caso y efectuado una ponderación de intereses en juego, debe prevalecer el interés público.

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

Al respecto, hubo tres ponencias. La primera ponencia señaló que “El decomiso que aún no está firme tiene los mismos efectos impositivos del remate que la incautación, hasta que se resuelva el proceso penal con carácter firme”. La segunda ponencia dijo que “El decomiso que aún no está firme no impide el remate, pero no podrá disponerse la transferencia de propiedad favor del adjudicatario y el producto del mismo se reservará hasta que el proceso penal se resuelva en definitiva”. Finalmente, la tercera ponencia señaló que “En todo caso debe realizarse el remate del bien, efectuándose la transferencia de propiedad al adjudicatario y el pago al ejecutante, sin restricción alguna”.

La primera ponencia ganó por unanimidad. El fundamento fue el siguiente:

El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal.

Por tanto, emitida una orden de decomiso del bien, que determina la transferencia de propiedad a favor del Estado, aun cuando dicha orden no esté firme, la ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble



objeto de aquella, debe suspenderse, no pudiendo en ningún caso llevarse adelante el remate pues se estaría afectando el derecho del Estado que entronca directamente con el interés público. En tal caso, procederá la suspensión de la ejecución, hasta que se resuelva en definitiva la causa penal. Lo contrario importaría privar de eficacia al decomiso instaurado por normas de derecho público como mecanismo de lucha contra el crimen, no pudiendo argüirse en contrario la existencia de auto final firme que ordena el remate, pues en tal caso y efectuando una ponderación de los intereses en juego, debe prevalecer el interés público.

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

Hubo cuatro ponencias. La primera ponencia sostuvo que “El decomiso ordenado en sentencia penal firme impide, en todo caso, el remate del bien, aun cuando dicho decomiso haya sido dictado y/o inscrito después de la hipoteca; o del inicio del proceso de ejecución o del auto final firme”. La segunda ponencia estuvo en la línea de que “El decomiso impide el remate solo si la sentencia penal adquirió firmeza antes que el auto final que ordena el remate”. La tercera ponencia manifestó que “El decomiso impide el remate solo si la sentencia penal adquirió firmeza antes que el auto final que ordena el remate; y no se afecta derechos de terceros amparados por la fe pública registral”. Por último, conforme a la cuarta ponencia “El decomiso impide el remate solo si en la sentencia penal se priva de validez y eficacia la hipoteca”.

Venció la primera ponencia por unanimidad. El fundamento:

El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las

## COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR



El Tribunal Constitucional ha señalado que no obstante haber delitos de por medio, los terceros registrales quedan protegidos. Igualmente el acreedor hipotecario debe quedar protegido. Como es evidente, en ambos casos el tercero registral o el acreedor hipotecario deben ser ajenos al delito y tener buena fe en su adquisición.

consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal.

Por tanto, emitida en sentencia penal firme una orden de decomiso del bien, que determina la transferencia de propiedad a favor del Estado, la ejecución de la garantía constituida sobre el inmueble objeto de aquella, debe suspenderse, no pudiendo en ningún caso llevarse adelante el remate pues se estaría afectando el derecho del Estado que entronca directamente con el interés público de represión del delito. Lo contrario importaría privar de eficacia al decomiso instaurado por normas de derecho público como mecanismo de lucha contra el crimen, no pudiendo argüirse en contrario la existencia de auto final firme que ordene el remate, pues en tal caso y efectuando una ponderación de los intereses en juego, debe prevalecer del interés público (...).

Como se puede observar, el Pleno concluyó que las medidas de incautación y decomiso deben suspender el trámite del remate

judicial, porque de lo contrario circularía el bien y se dejaría sin efecto los mecanismos penales.

El fundamento presente en las tres preguntas fue que “El proceso de ejecución no debe ser instrumentalizado para sustraerse a las consecuencias de la represión penal, materializando y legitimando las consecuencias del ilícito mediante la ejecución de hipotecas constituidas sobre bienes implicados en delitos que son materia de procesamiento penal”. Pero, ¿qué ocurriría si la hipoteca no se constituyó para sustraerse de la acción penal? ¿Qué ocurriría si el acreedor hipotecario tiene buena fe, es decir desconoce del delito? ¿Acaso no se afecta el derecho de propiedad del acreedor hipotecario? Nada de esto parece haber sido discutido en el Pleno.

### III. OPINIÓN PERSONAL

Por años se ha discutido en el Perú sobre el conflicto que se presenta cuando un acreedor embarga un inmueble que aparece inscrito en los Registros Públicos a nombre de su deudor, pero que en realidad pertenece a un tercero, quien no ha inscrito su adquisición. ¿Qué derecho prevalece? ¿El del acreedor que embarga el bien que no es de su deudor, pero que está inscrito a su nombre, o el del propietario que no ha inscrito su adquisición?

La discusión fue zanjada por el VII Pleno Casatorio. La Sentencia del Pleno Casatorio concluyó que prevalece la propiedad. Es decir, si se embarga un bien que no pertenece al deudor, el propietario tiene derecho a que se levante el embargo, siempre y cuando la adquisición del dominio conste en documento de fecha cierta.

Según la Sentencia del VII Pleno Casatorio, el conflicto entre la propiedad no inscrita y el embargo anotado, es un conflicto entre “derechos de diferente naturaleza”, que debe ser resuelto conforme al segundo párrafo del

artículo 2022 del Código Civil. Esta norma señala que el conflicto se resuelve aplicando las “disposiciones del derecho común”. Conforme a estas “disposiciones del derecho común”, la propiedad no inscrita derrota al embargo. En estricto, lo que nos dice la Sentencia del Pleno Casatorio es que prevalece el derecho que nace primero, al margen de su inscripción. Si la propiedad nace primero, no la puede afectar luego un embargo por deudas ajenas. En cambio, si el embargo se traba sobre un bien de propiedad del deudor, y luego este transfiere el bien, el nuevo propietario tiene que soportar los efectos de embargo. En este último caso, el embargo (que nació primero) le gana a la propiedad.

Esta solución guarda concordancia con la doctrina jurisprudencial dispuesta por la Corte Suprema (Casación N° 382-2013-Puno) y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 02989-2012-PA/TC), según la cual no se pueden incautar ni decomisar bienes de terceros que adquirieron la propiedad de manera legítima y que no tienen ninguna relación con la comisión del delito.

El conflicto entre la incautación y decomiso, por un lado, y el derecho del acreedor hipotecario, por otro, es igualmente un conflicto entre “derechos de diferente naturaleza”, que debe ser resuelto, también, conforme al segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil. Se encuentran enfrentados el derecho del acreedor hipotecario, titular de un derecho real, y el derecho del Estado que dispone la incautación cautelar. ¿Qué derecho prevalece? Pues muy simple: el que nace primero, al igual que la propiedad versus el embargo. Si el derecho del acreedor hipotecario nace primero, prevalece sobre la incautación. En cambio, si primero se incauta el bien, y luego se hipoteca, prevalece la incautación.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho del acreedor hipotecario es, en términos

constitucionales, “propiedad”, y como tal no se puede incautar ni decomisar bienes de propiedad de un tercero –el acreedor hipotecario– siempre que no tenga relación con el delito.

En efecto, propiedad, en términos civiles, es un derecho real que confiere a su titular los poderes de usar, disfrutar, disponer y reivindicar bienes (artículo 923). Sin embargo, en términos constitucionales la noción de propiedad es más amplia, como lo dice el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2003-AI/TC. La protección desplegada por la Constitución comprende todos los derechos patrimoniales de la persona, ensanchando de esta manera los márgenes de la propiedad establecidos en el Código Civil. Esta protección constitucional se extiende, por ejemplo, a un usufructo, un derecho de superficie, una cuota en la copropiedad, un crédito, una renta generada o por generarse. También se extiende al acreedor hipotecario. Todos estos derechos constituyen “propiedad” en sentido constitucional, mientras que para el Derecho Civil la propiedad está atada únicamente a los bienes.

Podría alegarse que el acreedor hipotecario no debería quedar protegido porque se trata de bienes relacionados con un ilícito penal. Respondo: el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el particular en un supuesto diferente, pero vinculado al presente.

En las últimas décadas se produjeron una serie de fraudes inmobiliarios. Usualmente se suplantaba la identidad de una persona o se falsificaba su firma, y se aparentaba una transferencia a favor de otra persona, que normalmente formaba parte de la mafia. Luego esta persona transfería el bien a un tercero, quien inscribía su adquisición. ¿Quién era propietario del bien? ¿La persona suplantada o a la que le falsificaron su firma, o el

tercero registral? La primera alegaba que no había transferido su bien y que, en todo caso, el tercero no podía quedar protegido porque había mediado un delito. El tercero argumentaba que el artículo 2014 del Código Civil (principio de fe pública registral) lo protegía.

Una de las respuestas que dio el legislador a estos fraudes fue la Ley N° 30313, estableciendo un mecanismo para oponerse en un procedimiento registral en trámite e inclusive para cancelar asientos registrales, en los casos de suplantación o falsificación. Esta norma abordó la problemática entre el propietario que no había transferido y el tercero registral, estableciendo en el artículo 5 que la información contenida en las inscripciones que fueran canceladas, no perjudicaba al tercero en los términos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil.

Un grupo de ciudadanos demandó la inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley N° 30313, demanda que recientemente ha sido declarada infundada por el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha señalado que no obstante haber delitos de por medio, los terceros registrales quedan protegidos. Igualmente el acreedor hipotecario debe quedar protegido. Como es evidente, en ambos casos el tercero registral o el acreedor hipotecario deben ser ajenos al delito y tener buena fe en su adquisición.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cubas Villanueva, V. (2015). *El nuevo proceso penal peruano: teoría y práctica de su implementación*. Lima: Palestra Editores.
- García Caveró, P. (2018). El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *Revista de Derecho PUCP*, (81), p. 132.