

# La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito

César Eugenio San Martín Castro

Abogado. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

## 1 Introducción.

Señala Juan Fernández Carrasquilla que “(e)l concepto de consecuencias jurídicas del hecho punible se remite a las cargas de responsabilidad penal y civil que la ley impone al ejecutor del mismo. [En este sentido], responsabilidad es, pues, la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho<sup>(1)</sup>. Sobre esa base, no hay duda que la cuestión sobre la responsabilidad (constatación de un hecho penalmente antijurídico y culpable, artículo VII del Título Preliminar del Código Penal) y la cuestión acerca de las sanciones y la reparación civil (artículo 28, 71, 92, 104 y 105 del Código Penal) conforman el tema material del Derecho Procesal Penal (artículos 225 y 285 del Código de Procedimientos Penales) y que, como recuerda Reinhart Maurach, se encuentran una junto a la otra, en un mismo nivel<sup>(2)</sup>.

El Código Penal peruano presenta el siguiente sistema de consecuencias jurídicas del delito: en primer lugar se encuentran las penas (Título III del Libro I), que el artículo 28 clasifica en: privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa; en segundo lugar están las medidas de seguridad (Título

IV del Libro I), que el artículo 71 clasifica en internación y tratamiento ambulatorio; en tercer lugar se han incorporado las denominadas “consecuencias accesorias” (Capítulo II del Título VI), que según los artículos 102, 104 y 105 son el decomiso y las medidas aplicables a las personas jurídicas; en cuarto lugar reconoce a la reparación civil (Capítulo I del Título VI), cuya imposición se determina obligatoriamente junto con la pena, a tenor del artículo 92, y que -según el artículo 93- comprende tanto la restitución del bien, o si no es posible el pago de su valor, cuanto la indemnización de los daños y perjuicios.

Como es obvio, la Ley Procesal Penal en aras de garantizar la eficacia de los fallos judiciales reconoce expresamente un conjunto de medidas cautelares, precisamente para evitar que se impida o dificulte la efectividad de la satisfacción que la sentencia imponga, esto es, de la cumplida imposición de las consecuencias jurídicas del delito previstas en la ley material o sustantiva, a saber, para impedir que el desarrollo de una situación de hecho venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses<sup>(3)</sup>. Se busca, con ello, garantizar o asegurar lo que Roxin denomina “ejecución penal”<sup>(4)</sup>.

Desde la perspectiva personal, la Ley Procesal Penal incorpora las medidas cautelares de detención (artículo

(1) FERNÁNDEZ CARRASQUILIA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Volumen II. Bogotá: Temis, 1995. p. 441.

(2) MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal-Parte General*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 614.

(3) El artículo 608 del Código de Procedimientos Penales prescribe que la medida cautelar “(...) está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva”. Esta frase debe entenderse no sólo en su tradicional concepción de asegurar la ejecución de la sentencia frente a los riesgos capaces de impedir absolutamente la eficacia de los actos ejecutivos legalmente previstos, sino también en la de proteger la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad (ver: ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*. Madrid: La Ley, 2000. p.134).

(4) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 249.

135 del Código Procesal Penal de 1991), comparecencia (artículo 143 del Código Procesal Penal de 1991) e impedimento de salida, así como de internamiento provisional en un asilo de insanos (artículo 191 del Código de Procedimientos Penales de 1940), que inciden sobre bienes jurídicos vinculados a la libertad personal a fin de asegurar la efectividad de las sanciones que afectan bienes jurídicos homólogos: esencialmente la pena privativa de libertad y la medida de seguridad de internación<sup>(5)</sup>. Asimismo, desde la perspectiva real o patrimonial, regula dos medidas cautelares: el embargo y el secuestro o incautación de bienes (artículos 94 y 171, respectivamente, del Código de Procedimientos Penales de 1940). El Código Penal de 1991 y la sucesiva legislación penal especial han instituido otras tutelas procesales que en su momento se precisarán.

Este trabajo, en atención a los límites temáticos ya señalados, se circunscribirá al análisis procesal de las consecuencias jurídicas del delito que importan una afectación patrimonial al sujeto activo del mismo. Siendo así, es del caso estudiar acorde con lo señalado por Isabel Maguelone Zoder<sup>(6)</sup>: primero, lo relativo a la **pena de multa**, en tanto como consecuencia penal del delito afecta el patrimonio y consiste específicamente, como acota Hurtado Pozo, en la “(...) obligación (impuesta al reo) de pagar cierta suma de dinero para reprimir la comisión de una infracción”<sup>(7)</sup>. Segundo, lo concerniente al **decomiso**, que es calificado por Borja Mapelli como una consecuencia de naturaleza penal que importa la pérdida de los efectos que provengan del delito (el artículo 102 del Código Penal peruano hace referencia a la “infracción penal”) y de los instrumentos con que se haya ejecutado<sup>(8)</sup>. Tercero, lo atinente a las **medidas contra las personas jurídicas**, sobre cuya exacta naturaleza jurídica aún no se pone de acuerdo la doctrina, aunque estimo que al limitar derechos de las personas jurídicas debe sometérselas a los principios que inspiran el derecho sancionador en el Estado de Derecho<sup>(9)</sup>. Y, cuarto, lo referente a la **reparación civil**,

que en rigor constituye una consecuencia civil por el daño ocasionado a la víctima por la comisión de una infracción penal en su agravio.

Las consecuencias jurídicas aludidas, independientemente de su naturaleza penal (en la mayoría de los casos), civil o, si se quiere también, *sui generis*<sup>(10)</sup>, afectan bienes jurídicos patrimoniales del imputado y, en algunos supuestos, de terceros, como es el caso de las personas jurídicas y del tercero civilmente responsable. Cabe puntualizar que, más allá de las polémicas en torno a la capacidad penal de las personas jurídicas, nuestra jurisprudencia ha considerado que el Código Penal asume el principio *societas delinquere non potest*. Así, la ejecutoria suprema del 24 de octubre de 1997 dice al respecto que la persona jurídica no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo 27 del Código Penal<sup>(11)</sup>.

En igual sentido, aunque cuestionando la cita al artículo 27 del Código Penal, se pronuncia Reyna Alfaro, con apoyo en otros autores nacionales, amparándose al efecto en el artículo 11 del Código Penal, “(e)n donde precisa que sólo son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, por lo que entendiendo a éstas como manifestaciones de la voluntad humana, cabe concluir en la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas”<sup>(12)</sup>.

El Derecho Procesal Penal para garantizar la efectividad de la tutela judicial, en orden a la imposición de tales consecuencias, que tiene lugar en la sentencia penal, prevé las denominadas “medidas cautelares reales”. Pedraz Penalva las define como “(...) aquellas medidas procesales de carácter **asegurativo**, funcionalmente preordenadas a la tutela de intereses pecuniarios conexos al hecho ilícito penal, a declarar en la sentencia”<sup>(13)</sup> (las negritas son nuestras).

Desde esta perspectiva, el Código de Procedimientos Penales identifica dos medidas cautelares reales: el embargo preventivo y el secuestro o incautación. En

- (5) La Ley No. 27379, del 21 de diciembre del 2000, incorporó la detención preliminar, para determinados delitos: medida que puede dictarse antes de incoarse formalmente el proceso penal. Otra medida, esta vez patrimonial, es la inhibición para disponer o gravar bienes.
- (6) MAGUELONE ZODER, Isabel. *Las consecuencias jurídicas económicas del delito*. En: *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Colex, 1995. pp. 163 y 164.
- (7) Tomado de: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Volumen I. Lima: Idemsa, 1998. p. 68.
- (8) BORJA MAPELLI. *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*. En: *Revista Penal*, No. 1. Barcelona: Praxis, pp. 49 y 50.
- (9) ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel. *Las consecuencias accesorias aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal español*. En: *Anuario de Derecho Penal 97/98*. Lima: Grijley, 1999. pp. 328 y 329.
- (10) Una descripción muy puntual de la polémica dogmática en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Ceura, 2001. pp. 145-153.
- (11) *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p.45.
- (12) REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho Penal Económico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 120.
- (13) PEDRAZ PENALVA. *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*. Madrid: Trivium, 1985. p.81.

ellas resulta claro su carácter asegurativo (para el embargo) y conservativo (para la incautación). El carácter o efecto de aseguramiento del embargo se expresa en el hecho de que mantiene o constituye una situación adecuada para que, en su momento, pueda hacerse efectiva la sentencia principal, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Sin embargo, esta definición no alcanza a la incautación, dado que en este caso la medida **conserva** la situación existente al cometerse el delito, en cuya virtud la autoridad ocupa y aprehende un bien delictivo, evitando con ello su alteración por una conducta activa u omisiva del imputado, cuya legitimidad o conformidad a Derecho precisamente ha de resolver la sentencia del proceso principal.

Este efecto de aseguramiento tampoco se extiende a otras tres medidas que contempla tanto el Código Penal cuanto la legislación penal especial y que afectan bienes jurídicos patrimoniales, no limitativamente pecuniarios, creadas específicamente para tres delitos en particular: ambientales, usurpación y tráfico ilícito de drogas.

Las dos primeras medidas cautelares, incorporadas en el artículo 314 del Código Penal y radicadas en los delitos ecológicos, son la suspensión de la actividad contaminante y la clausura de establecimientos. La segunda medida cautelar, regulada en los Decretos Legislativos No. 312 y No. 653, delimitada a los delitos de usurpación, se denomina “ministración provisional de posesión” y consiste en la recuperación por el agraviado del inmueble usurpado. La tercera medida cautelar, reconocida en la legislación sobre tráfico ilícito de drogas, se refiere a la “destrucción de cultivos”.

Los efectos de estas tres medidas cautelares no son de mero aseguramiento. Son, en buena cuenta, innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión. Estas medidas inciden sobre intereses decididamente patrimoniales, empero introducen una innovación satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Son medidas, apunta Calderón Cuadrado, destinadas a asegurar la efectividad de la sentencia y, por ende, se utilizan -en caso resulte necesario hacerlo- cuando lo que se persigue es algo más que el simple aseguramiento, esto es, la satisfacción provisional de la pretensión principal<sup>(14)</sup>.

Se trata de una tutela cautelar coincidente, según la denominación de Monroy Galvez y Monroy Palacios<sup>(15)</sup>.

De igual manera, no tiene efectos de mero aseguramiento, sino de conservación, entre otras, la incautación previa de ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito contra los derechos de autor y conexos, previstos en el artículo 221 Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo No. 822. En ella, como aclara Ortells Ramos, se produce una mayor injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la medida, aproximándose a un efecto de satisfacción de la pretensión<sup>(16)</sup>. Estos efectos consisten, en palabras de Calderón Cuadrado, en mantener, pero también en modificar, el *status quo* inicial, como única solución para cautelar la efectividad de la tutela que se presta en el proceso principal<sup>(17)</sup>.

En conclusión, una definición de medidas cautelares reales más acorde con las consecuencias jurídicas económicas del delito sería la siguiente: Son aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre bienes jurídicos patrimoniales, están funcionalmente ordenadas a hacer posible la efectividad de las consecuencias jurídicas económicas de la infracción penal, a declarar en la sentencia condenatoria. La finalidad de las medidas cautelares en general, como en su día apuntó la Corte Superior de Lima, es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (ejemplo, Sentencia del 14 de abril de 1999, Expediente No. 7758-98).

Las medidas cautelares en sede penal dan lugar a procesos cautelares: (i) asegurativos (embargo, en los supuestos de multa y reparación civil); (ii) conservativos (incautación o secuestro cautelar); y, (iii) innovativos y satisfactivos (suspensión de la actividad contaminante y de clausura temporal del establecimiento, así como recuperación cautelar del bien usurpado y destrucción de cultivos).

La necesidad de una tutela cautelar para garantizar la eficacia de las consecuencias jurídicas del delito en general y de las propiamente económicas del mismo constituye, a no dudarlo, una exigencia constitucional -no la única, por cierto- derivada del derecho a la tutela jurisdiccional, ex artículo 139 inciso 3 de la Constitución. De su proclamada eficacia para garantizar

(14) CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 129 y 130.

(15) MONROY GÁLVEZ, Juan y Juan MONROY PALACIOS. *Del mito del proceso ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes Iniciales*. En: PEYRANO (director) y CARBONE (coordinador). *Sentencia anticipada*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999, pp. 190-201.

(16) ORTELLS RAMOS. *Derecho Jurisdiccional*. Volumen III. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 442.

(17) CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Op. cit.: p. 130.

los derechos o bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico (la tutela jurisdiccional no existe verdaderamente si no es efectiva), en tanto está proscrita la autotutela. En sede penal, como en cualquier orden jurisdiccional, el transcurso del tiempo necesario para la realización de los actos procesales puede poner en peligro (*periculum in mora*) el éxito del proceso de declaración y/o del proceso de ejecución, por lo que resulta imprescindible que se adopten ciertas precauciones, consistentes en la imposición de restricciones a la libertad personal del encausado o a la disponibilidad de ciertas cosas<sup>(18)</sup>. En tal virtud, como apunta Aragonés Martínez, se definen las medidas cautelares como aquellos actos jurisdiccionales que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi*<sup>(19)</sup>.

En este tema ha sido fundamental la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional italiano, cuyas decisiones -en especial las del 27 de diciembre de 1974, del 28 de junio de 1985 y del 23 de junio de 1994- han tenido decisiva influencia en nuestro ámbito jurídico e, inclusive, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (verbigracia: caso Factortame, del 19 de junio de 1990).

En efecto, dicho Alto Tribunal estipuló:

a) Que el poder cautelar es un elemento connatural de un sistema de tutela jurisdiccional que hace viable las consecuencias jurídicas de fondo previstas por la ley. Este poder cautelar es una manifestación de un poder instrumental para el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales, cuya interpretación no puede ser en modo alguno restrictiva y que tiene como objetivo garantizar la efectividad de los derechos e intereses legítimos, evitando a su vez que la duración del proceso principal se vuelva en daño para el actor que tiene razón.

b) Que el poder cautelar importa que se pueden adoptar todas aquellas medidas más idóneas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el fondo, siempre que exista fundado motivo para temer

que durante el tiempo necesario para la obtención de la sentencia definitiva, el derecho sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable: éste es su mínimo constitucional. Busca neutralizar los *pericula* que se ciernen sobre la efectividad de la sentencia, siempre que éstos tengan carácter inminente y que los daños que puedan ocasionar sean irreparables (función instrumental).

c) Que por imperativo constitucional el legislador se encuentra obligado a prever en el ordenamiento jurídico una disposición normativa que permita inclusive la tutela cautelar innominada de los derechos, dejando a salvo su derecho a establecer determinadas medidas cautelares típicas; lo que es expresión del principio chiovendano por el cual la duración del proceso no debe ir en daño del actor que tiene razón y de la exigencia de instituir una regulación uniforme de las medidas cautelares, sean de carácter conservativo como las innovativas, dada su idéntica función y estructura<sup>(20)</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, como aclara Monroy Palacios, la existencia del poder cautelar genérico, en tanto pieza vital en la evolución de la tutela aseguratoria, al permitir que el juez disponga de medidas cautelares adecuadas para la protección de la eficacia del proceso, prescindiendo de que aquellas se encuentren o no expresamente reguladas por el ordenamiento procesal, está debidamente reconocido por el artículo 629 Código Procesal Civil<sup>(21)</sup>.

## 2 Tutela cautelar de la pena de multa.

El Código de Procedimientos Penales, a diferencia por ejemplo del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, no prevé expresamente la extensión de las medidas cautelares al aseguramiento de toda clase de responsabilidades pecuniarias, entre las que se encuentra la multa en tanto deber jurídico público impuesto en la sentencia. El artículo 94 del Código de Procedimientos Penales se refiere exclusivamente a la

- (18) Sigue probablemente esta orientación la ejecutoria superior del 26 de setiembre del 2000. Expediente No. 5531-99-A, cuando señala que la adopción de la medida cautelar de embargo "(...) se encuentra dentro de las **potestades de la función jurisdiccional, no sólo en atención a las facultades genéricas que tiene el juez penal por disposición Constitucional y como director de la instrucción (...)**" ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*. Tomo I. Lima: Idemsa, pp. 157 y 158.
- (19) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ceura, 1993, p. 381. En este mismo sentido RIFÁ 1993-1996. Lima: Legrima, 1997, pp. 187 y 188. Soler y Valls Combau anotan: "(s)e trata de medidas insertas en el ámbito de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se adoptarán, pendiente el proceso, por resolución judicial, a salvo de alguna excepción como sucede con la detención policial preventiva" (ver: RIFÁ SOLER Y VALLS COMBAU. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Iurium, 2000, p. 162).
- (20) CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *Constitución y tutela cautelar. Una revisión de las aportaciones de la jurisprudencia y doctrina italianas*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Número 1. Madrid: Edersa, 1998, pp. 55-87.
- (21) MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002, pp. 355 y 356.

reparación civil, mientras que el artículo 171 del mismo cuerpo de leyes se circunscribe a la incautación o secuestro de bienes, en la medida en que están vinculados con el delito como sus efectos o sus instrumentos (omitiendo inclusive hacer mención al secuestro de ganancias, cuya posibilidad recién se perfila a partir del artículo 104 del nuevo Código Penal al reconocer el decomiso de las mismas, pero circunscrito a las obtenidas por las personas jurídicas bajo determinadas limitaciones).

El artículo 41 del Código Penal define esta pena. Por ella se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa; según el artículo 120 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial este monto constituye renta del Poder Judicial. Cabe precisar, conforme puntualiza Prado Saldarriaga, que pese a que en el citado artículo 41 de Código Penal la multa que el delincuente debe abonar al Estado es una suma de dinero, la cual se define a partir de la aplicación del modelo de los días-multa, en la jurisprudencia nacional se ha identificado a dicha pena con la primera fase de su sistema de determinación<sup>(22)</sup>.

El artículo 44 del Código Penal, luego de especificar que la multa puede pagarse en cuotas mensuales, señala que su cobro se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado, el mismo que no debe incidir sobre los recursos indispensables para su sustento y el de su familia. A su vez, el artículo 56 del Código Penal estatuye que si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada sobre sus bienes o convertida en pena privativa de libertad.

Las citadas normas del Código Penal, en tanto referidas a la pena propiamente dicha, que como es lógico se impone en la sentencia condenatoria (artículo 285 del Código de Procedimientos Penales de 1940), tienen un ámbito de aplicación procesal muy concreto. Están circunscritas a lo que se denomina “ejecución procesal penal”, en concreto al procedimiento de ejecución forzosa y, por consiguiente, las medidas que se dicten para hacer efectiva la multa son medidas ejecutorias y no medidas cautelares. En este caso para su efectivización se trabaría un embargo **ejecutorio** o definitivo y no cautelar o preventivo sobre los bienes del condenado<sup>(23)</sup>.

Dentro de este procedimiento, luego que la sentencia condenatoria que impone pena de multa adquiera firmeza, que en rigor constituye un título de ejecución,

el juez penal, competente para este procedimiento según lo dispuesto en el artículo 337 del Código de Procedimientos Penales y en el artículo 714 del Código Procesal Civil, debe dictar un mandato de ejecución a fin de que el condenado cumpla con el pago de la multa en el plazo de diez días (artículo 44 del Código Penal) o, de ser procedente, la cuota mensual correspondiente. El primer apercibimiento es el de iniciarse la ejecución forzosa, de conformidad con el artículo 715 del Código Procesal Civil.

El Código Penal reconoce dos alternativas para materializar el cobro de la multa, en los casos de trabajadores dependientes o que perciban ingresos quincenales o mensuales merced a un contrato de prestación de servicios y frente a los cuales se ha considerado adecuado el pago de cuotas mensuales. En primer lugar, se encuentra el descuento de sus remuneraciones, cuidando que éste no incida sobre los recursos indispensables para su sustento y el de su familia. En segundo lugar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal y siempre que lo anterior no sea posible o que el reo frustre su cumplimiento, está la ejecución de los bienes del condenado, para lo cual previamente se embargan y, luego, se procede a su remate y, en su defecto, a su adjudicación, bajo los trámites estipulados en los artículos 725 y siguientes del Código Procesal Civil (ver: artículo 338 del Código de Procedimientos Penales de 1940).

Es obvio, por la propia naturaleza de la pena de multa, que su conversión a pena privativa de libertad en el caso del condenado solvente sólo procederá cuando no sea posible el procedimiento de ejecución forzosa de sus bienes o se frustre su cumplimiento.

Si bien el Código Penal se refiere exclusivamente, según su propio ámbito, a la ejecución de la pena de multa y, como tal, nos remite a las medidas ejecutivas y al procedimiento de ejecución forzosa, ello en cambio no impide que en vía cautelar, durante la tramitación de la causa penal y pese al silencio del Código de Procedimientos Penales, sea posible asegurar el pago de la posible pena de multa a imponerse en la sentencia.

En tanto se entienda: (i) que toda medida cautelar está destinada a asegurar o garantizar el cumplimiento de la sentencia (artículo del 608 Código Procesal Civil), de suerte que toda pretensión –en este caso la penal, circunscrita al cobro de la pena de multa– puede y debe ser objeto de una determinada medida cautelar; y, (ii) que toda resolución cautelar real tiene como presupuesto

(22) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. Lima: Palestra, 1999. p. 214.

(23) Ver: MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Universidad, 1990. p. 150.

específico la existencia de un concreto peligro de infructuosidad del fallo, que conlleva sobre la base de una valoración objetiva y directa la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa<sup>(24)</sup>: es de rigor concluir que sobre esa necesidad resulta viable acudir al proceso cautelar para asegurar el pago de la pena de multa, en tanto se entienda que la ley procesal tiene prevista una medida cautelar idónea al efecto, circunscrita a pretensiones apreciables en dinero.

Que el Código de Procedimientos Penales, dentro de sus limitadas concepciones jurídicas, sólo mencione específicamente medidas cautelares funcionalmente vinculadas al comiso y a la reparación civil, no significa, en principio -visto el objeto del proceso cautelar-, que este proceso cautelar asegurativo está vedado para asegurar la pena de multa, pues ésta puede requerir en su momento de la tutela cautelar, cuya amplitud está reconocida por el citado artículo 608 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente por imperio de la Primera Disposición Final del mismo cuerpo de leyes, en tanto en cuanto la medida cautelar sea adecuada a la consecuencia jurídico económica prevista por la ley penal.

Definida la posibilidad jurídica de la tutela cautelar para asegurar la pena de multa, cabe ahora determinar qué clase de medida cautelar corresponde. Su respuesta, en todo caso, condiciona la propia posibilidad jurídica de su imposición. Sobre esa base, es de precisar que el principio que guía la elección de toda medida cautelar es el de adecuación, que atiende a la naturaleza de la pretensión principal (artículo 611 del Código Procesal Civil), es decir, al debido cumplimiento de la pena de que se trate. En general, como recuerdan Loutayf y Costas, “tiene que existir correlación entre la medida cautelar y el objeto del juicio principal; en otras palabras, debe mediar una clara línea de congruencia entre el resguardo que procura la medida cautelar y la acción planteada (...) debe haber una correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida cautelar que se disponga”<sup>(25)</sup>.

En tanto la pena de multa es una sanción penal apreciable en dinero, puesto que el imputado, en caso sea condenado, debe oblar en favor del Estado una determinada cantidad de dinero calculado bajo el sistema de días-multa (artículo 41 del Código Penal), la única medida cautelar razonable es el embargo atento

a lo que de él prescribe el artículo 642 del Código Procesal Civil. Se trata, precisamente, de una medida cautelar que consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del imputado, así se encuentre en posesión de tercero.

Como se advierte de dicha definición legal, (i) el embargo está en función de una pretensión principal apreciable en dinero: en este caso de la imposición de una pena de multa, que es una pena pecuniaria; y, (ii) su objeto material es un bien o un derecho del presunto obligado, es decir, un bien libre de propiedad del imputado.

La otra medida cautelar: el secuestro o incautación, si bien igualmente recae sobre bienes, empero deben estar relacionados con el delito, como *instrumenta o producta scaeleris*. Su objeto material no está formado por bienes libres del hecho delictuoso sino por bienes causalmente vinculados a él, lo que obliga -según los casos- a su ocupación y aprehensión inmediata y, finalmente, a su pérdida en favor de Estado. El ulterior decomiso, como luego se verá, está orientado tanto a fines reparatorios cuanto preventivos y de incremento del acervo del Fisco. En estas condiciones, no obstante que anteriormente consideramos viable esta medida<sup>(26)</sup>, hoy en día estimamos que no es de recibo dictar una incautación frente a un bien que es libre, es decir, que no está contaminado con el delito. Por lo demás, el propio Código Procesal Civil señala que la afectación patrimonial cautelar contra bienes vinculados a la pretensión principal es la de secuestro, por lo que, si no lo son, deben asegurarse mediante embargo.

Como se sabe, dos son los presupuestos de la medida cautelar real: (i) el *fumus boni iuris*, esto es, la apariencia del derecho o razonada atribución del hecho punible, cuya denominación más exacta en lo penal sería *fumus delicti*; y, (ii) el *periculum in mora* (peligro de infructuosidad o riesgo de indisponibilidad de bienes).

El *fumus delicti* exige -desde una perspectiva procesal penal- una razonable imputación delictiva, esto es, que existan suficientes elementos de convicción que acrediten, de un lado, la realidad de la infracción penal objeto de imputación, y, de otro lado, la vinculación del imputado con el hecho punible como autor o partícipe: lo que es expresión del principio constitucional de intervención indiciaria. La cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud, y su resultado tiene el valor, no de una declaración de certeza,

(24) PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Op. cit.: pp. 94 y 95.

(25) LOUTAYF RANEA, Roberto y Luis Félix COSTAS. *La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002. p. 690.

(26) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Lima: Grijley, 1999. p. 884.

sino de mera hipótesis, que en el transcurso del juicio y al momento de dictarse la providencia principal podrá corroborarse si corresponde con la realidad. El “juicio de verdad” en esta materia, como ha sido declarado por la Corte Suprema de la Nación Argentina en su Sentencia de 20 de diciembre de 1984, se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad<sup>(27)</sup>.

El *periculum in mora*, según ya fue expuesto, se concreta en el denominado “peligro de infructuosidad”, vale decir, necesidad de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa<sup>(28)</sup>.

Una lectura aislada y meramente literal del artículo 94 del Código de Procedimientos Penales permitiría entender que no exige fundamento conviccional -*fumus boni iuris*- para trabar el embargo, bastando únicamente la imputación delictiva aceptada en el auto de apertura de instrucción. Empero, es de acotar que el auto de apertura de instrucción, de conformidad con el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, se dicta siempre que los hechos denunciados sean penalmente antijurídicos, que la acción penal no haya prescrito y que el imputado haya sido debidamente individualizado; por consiguiente, dicha norma no impone al juez penal para dictar el procesamiento inicial que realice un análisis probatorio del mérito de los cargos hechos valer por el Ministerio Público.

Ahora bien, si se tiene en consideración que el citado artículo 94 del Código de Procedimientos Penales también preceptúa que el embargo es obligatorio cuando media detención y facultativo cuando se dicta mandato de comparecencia, de su propio tenor -en concordancia en el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991- se desprende que tal obligatoriedad se explica porque en ese caso (del mandato de detención) el fundamento probatorio se encuentra cumplido, mientras que la mera posibilidad de embargo concurrente a la citación cautelar o comparecencia se explica en la necesidad de que, previo análisis de los actuados, se adviertan determinados elementos de juicio de carácter objetivo para estimar con probabilidad suficiente que se ha cometido un delito y que a él está vinculado el imputado como autor o partícipe. Abona a esta tesis la ínsita

fundamentación de toda medida cautelar: el principio constitucional de intervención indiciaria, que exige que toda decisión judicial que afecta un derecho o interés legítimo de las personas debe estar suficientemente fundamentado y justificado, justificación que en este caso parte de la existencia de elementos de convicción acerca de la realidad de un delito y de su vinculación con el afectado por la medida.

El *periculum in mora* en las medidas cautelares reales en sede penal es más flexible que en lo civil, pues no hace falta que se acredite la posibilidad que el imputado, mientras dure la solución del proceso, realice actos que dificulten la efectividad práctica de la sentencia. El solo transcurso del tiempo hace presumir el riesgo de infructuosidad de fallo penal<sup>(29)</sup>.

En el presente caso, para adoptar la medida cautelar de embargo penal debe atenderse específicamente a la previsión sancionadora contenida en el delito objeto del proceso penal, es decir, si la pena de multa es previsible. Es de acotar que en nuestro sistema punitivo la citada pena tiene el carácter de pena principal o autónoma, de pena conjunta y de pena sustitutiva y, por excepción, para el delito de terrorismo, de pena accesoria<sup>(30)</sup>. Asimismo, para fijar su cuantía, debe estarse en vía de prognosis a las propias exigencias del tipo penal y a las reglas contenidas en los artículos 41 a 43 del Código Penal.

### 3 Tutela cautelar de las medidas contra las personas jurídicas.

El artículo 105 del Código Penal prevé la imposición de un tipo especial de sanción contra las personas jurídicas, que la rotula simplemente como “medidas”. Estas medidas presentan cuatro modalidades: (i) clausura de locales o establecimientos, (ii) disolución, (iii) suspensión de actividades; y, (iv) prohibición de realizar actividades causalmente vinculadas al delito perpetrado. En estos cuatro supuestos, se decretará acumulativamente la intervención administrativa de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Hurtado Pozo señala al respecto que “sin embargo, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada,

(27) LOUTAYF RANEA, Roberto y Luis Félix COSTAS. Op. cit.; pp. 694 y 695.

(28) SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit.; p. 867.

(29) Ver: ORÉ GUARDIA, Arsenio. *La coerción real y las consecuencias civiles ex-delicto*. En: *Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal*. Lima: PUCP, 1997. p. 107.

(30) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa*. En: *Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal*. Lima: PUCP, 1997. pp. 33 y 34.

(...) en tanto comportan graves privaciones y restricciones de derechos<sup>(31)</sup>.

Se acepta, entonces, como aclara Silva Sánchez, la necesidad político criminal de sancionar directamente a las personas jurídicas en cuanto tales, en caso de cometerse un delito en su ámbito, y que tales sanciones -que constituyen un medio imprescindible para combatir, especialmente, la criminalidad de empresa- no sólo otorgan prioridad a las finalidades pragmáticas, sino que optan por una solución de inocuización radical<sup>(32)</sup>.

En la doctrina nacional, según lo dicho anteriormente, Castillo Alva postula que las medidas contra las personas jurídicas tienen la naturaleza jurídica propia de las sanciones administrativas, las mismas que se imponen en un proceso penal y que se basan en la peligrosidad objetiva de la cosa, aún cuando no dejen de desempeñar finalidades preventivas<sup>(33)</sup>; a lo cual podría acotarse -siguiendo a Fernández Teruelo- que su naturaleza penal parece más evidente visto el hecho que están asociadas a la comisión de un delito y están en función a las garantías jurisdiccionales que ello supone<sup>(34)</sup>.

Los presupuestos de su imposición, como señala Iván Meini, son dos:

a) Que se cometa un hecho punible por una persona natural -sin que sea necesario que ostente un cargo o título al interior de la persona jurídica-, entendiéndose por “hecho punible” un hecho penalmente antijurídico, culpable y que merezca una pena a su autor o participe (su imposición, desde luego, no es posible al margen de la de una pena o medida de seguridad impuesta a la persona natural, miembro de la persona jurídica; de ahí su nota de accesoriedad)<sup>(35)</sup>; y,

b) Que el hecho punible se cometa, alternativamente: (i) en ejercicio de la actividad de la persona jurídica, lo que comprende todas aquellas conductas que materialmente han sido realizadas en ejercicio de su actividad social (utilización del sujeto activo de todas

las posibilidades que tiene la persona jurídica de participar en el mercado y por ende de delinquir); o, (ii) utilizando la organización de la persona jurídica para favorecerlo o encubrirlo, lo que importa la realización de cualquier acto a través de la organización social que tenga como objetivo tanto brindar facilidades, ayudar o servir a la comisión del delito, cuanto ocultar o disimular la comisión del delito o de sus efectos<sup>(36)</sup>.

Sobre esa base, nuestro código: (i) acoge un sistema de *numerus apertus*, no la limita a los supuestos típicos respectivos (en la Parte Especial del código no se mencionan estas medidas de modo específico, lo que es consecuencia de la opción asumida en la Parte General); y, (ii) la imposición de las medidas es de carácter facultativo, lo que se expresa en el vocablo “podrá”, y que significa, apuntan Bajo y Bacigalupo, que la ejecución de esta consecuencia accesoria puede, en determinadas circunstancias, ser suspendida<sup>(37)</sup>.

El fundamento de estas medidas, según la posición de Gracia Martín, es la “peligrosidad objetiva” de la propia persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella y cuya organización se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas<sup>(38)</sup>. Para otros, en especial Zugaldía Espinar, estas medidas -aunque no las ha denominado así el legislador- son verdaderas penas y su imposición está en función a la propia culpabilidad de las personas jurídicas, esto es, a si la persona jurídica no ha omitido la adopción de ninguna de las medidas de precaución previstas para garantizar el desarrollo legal de la actividad de empresa y si el órgano actuante ha sido elegido por -y no impuesto a- la persona jurídica<sup>(39)</sup>. Su carácter preventivo es marcado, pues tienden a evitar que el reo vuelva a tener posibilidades de acceder a una actividad en la que mostró sus tendencias delictivas<sup>(40)</sup>.

En atención a lo expuesto, y atento a lo planteado por Prats Canut, el órgano jurisdiccional debe tener en

- (31) HURTADO POZO, José. *Personas jurídicas y responsabilidad penal*. En: *Anuario de Derecho Penal 1996*. Lima: Grijley, 1997. p. 151. Empero, existen otras posiciones en la doctrina nacional (ver: por todos, REYNA ALFARO, Luis. Op. cit.).
- (32) SILVA SÁNCHEZ. *La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español*. En: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1995. pp. 360-362.
- (33) CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: Idemsa, 2001. p. 274.
- (34) FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*. En: QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (coordinadores). *El nuevo Derecho Penal Español*. Pamplona: Aranzadi, 2001. pp. 281-283.
- (35) Ver: HURTADO POZO, José. Op. cit.; p. 152.
- (36) MEINI MÉNDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: PUCP, 1999. pp. 197-202 y 208.
- (37) BAJO y BACIGALUPO. Op. cit.; p. 156.
- (38) GRACIA MARTÍN y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 457.
- (39) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Las “Consecuencias Accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal Español*. En: HURTADO POZO, José (director). *Anuario de Derecho Penal*. Lima, 1999. pp. 332 y 333.
- (40) MAPELLI CAFARENA, Borja. *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*. En: *Revista Penal*. No. 1. Barcelona: Praxis, enero 1998. p. 53.



Las medidas cautelares reales (...) son aquellas medidas procesales (...) funcionalmente ordenadas a hacer posible la efectividad de las consecuencias jurídicas económicas de la infracción penal, a declarar en la sentencia condenatoria.

consideración tres criterios materiales para la adopción de las medidas accesorias: (i) están en función a la evitación de la continuación de la actividad delictiva y a la evitación de los efectos de la misma, por tanto se deberá precisar en términos de motivación de la sentencia la vinculación entre medida y fin perseguido; (ii) rige plenamente el principio de proporcionalidad, por lo que no es del caso adoptarlas cuando sean objetivamente desproporcionadas, aunque no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles; y, (iii) en lo particular, la intervención de la empresa se adoptará con la finalidad de salvaguardar el derecho de los trabajadores (el código español también hace referencia a la protección del crédito de los acreedores)<sup>(41)</sup>.

Como garantías procesales, coincidiendo con Zugaldía Espinar, resulta exigible: (i) la incorporación como parte pasiva en el proceso penal, que por cierto es algo más que la previa audiencia a los representantes legales de la persona jurídica; (ii) vigencia del principio acusatorio, esto es, que su aplicación está condicionada a que el Ministerio Público las requiera en su acusación; y, (iii) su imposición se hará en la sentencia condenatoria, nunca en ejecución de sentencia, o sea en la fase de ejecución del fallo<sup>(42)</sup>.

El citado artículo 105 del Código Penal, pese a su fuente española (propiamente de proyectos anteriores - año 1983- al vigente Código Penal), no estableció adicionalmente -de modo expreso- la posibilidad de dictar medidas cautelares durante la tramitación de la causa. El numeral 2 del artículo 129 del Código Penal español estatuyó que las medidas de clausura temporal de locales o establecimientos y la suspensión de actividades<sup>(43)</sup> podrán ser acordadas por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.

La diferencia con el precepto hispano, por lo demás, no sólo radica en la previsión de medidas cautelares, sino en que: (i) estatuyó medidas contra personas jurídicas en 22 supuestos de la Parte Especial del Código Penal<sup>(44)</sup>, sobre la base que éstas sólo se aplicarían “(...) en los supuestos previstos en este código (...)”; (ii) impuso la previa audiencia de los titulares o de los representantes legales de las personas jurídicas; y, (iii) fijó como límite el que deben estar orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Las medidas cautelares, obviamente de naturaleza real y de claro contenido penal, vista la opción que se ha tomado en orden a las “medidas contra las personas jurídicas”, están destinadas, como apunta Gómez Colomer, a garantizar que dichas consecuencias accesorias puedan ejecutarse en su día y, además, que no se seguirán cometiendo delitos como los que han dado lugar a la formación de la causa<sup>(45)</sup>. Como las medidas del artículo 105 del Código Penal tienen un carácter material, atento a su claro contenido aflictivo e inoicizador en palabras de Terradillos Basoco<sup>(46)</sup>, y tratan de impedir la realización de hechos antijurídicos mediante el menoscabo o la reducción de posibilidades de actuación de la persona jurídica<sup>(47)</sup>, es obvio que, igualmente, la imposición de medidas cautelares homólogas<sup>(48)</sup> a ellas estará condicionada no sólo a los dos presupuestos ya señalados: comisión de un hecho

(41) PRATS CANUT y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español*. Aranzadi: Pamplona, 1996. p. 886. En este último supuesto, como apuntan Calderón y Choclán, será posible acordar la medida cautelar de “administración judicial de empresas”, en tanto con ello se asegura la efectividad de la sentencia, salvaguardando los derechos de terceros, esto es, de los trabajadores y, por qué no, de los acreedores. CALDERÓN y CHOCLÁN. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Dykinson, 2002. p. 303.

(42) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Op. cit.; pp. 331 y 332. Un punto a cuidar con especial cuidado, conforme previene Moreno Catena, es la participación de los representantes legales de la persona jurídica, justificada porque la titularidad de la misma puede estar en menos de personas absolutamente ajenas a la dinámica comisa del delito, que se verían absolutamente indefensos ante una decisión que les afecta directamente sin posibilidad de ser oídos (GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2001. p. 302).

(43) La limitación de la función cautelar sólo a estas dos figuras es lógica, toda vez que aquellas consecuencias accesorias de carácter definitivo, como la clausura definitiva o la disolución, no pueden nunca ser impuestas de forma cautelar, que, por definición, es provisional (BAJO y BACIGALUPO. Op. cit.; p. 158).

(44) Ver: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Constitución y proceso penal*. Madrid: Tecnos, 1996. pp. 191-193.

(45) *Ibid.*; p. 156.

(46) TERRADILLOS BOSOCO. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1996. p. 219.

(47) Ver: GRACIA MARTÍN. Op. cit.; p. 462.

(48) La jurisprudencia menor, de la Corte Superior de Lima, ha establecido -de conformidad con el artículo 611 del Código Procesal Civil-

punible: (i) en ejercicio de la actividad social; o, (ii) utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, sino también a la real presencia de un defecto de organización en la persona jurídica que facilita la comisión de futuros delitos o, mejor dicho, en tanto existan elementos de convicción que la persona jurídica omitió necesarias medidas de precaución para garantizar el desarrollo legal de su actividad.

La característica arriba enunciada, por cierto, no la cumple el embargo ni el secuestro o incautación. La medida cautelar compatible con las características de las aludidas medidas necesariamente debe generar efectos innovativos y anticipativos de la pretensión<sup>(49)</sup>: la persona jurídica puede sufrir la clausura temporal - es absurdo, como ya se anotó, tratándose de medidas cautelares, que la clausura de sus locales o establecimientos sea definitiva-, la suspensión de sus actividades o la prohibición temporal de determinadas actividades, pues eso precisamente es lo que en su día establecerá la sentencia condenatoria, que inclusive puede imponer clausura definitiva, disolución y prohibición definitiva.

Las medidas de clausura, suspensión y prohibición temporal, en vía cautelar, pretenden evitar que se utilice la persona jurídica para persistir en la conducta delictiva y se materializan en un mandato judicial de impedimento de continuar con esa actividad.

El problema que existe es que, pese al tiempo transcurrido desde la promulgación del nuevo Código Penal (¡más de 11 años!), aún no se ha dictado una ley que específicamente contemple una medida cautelar propia aplicable a las personas jurídicas, y que prevea el procedimiento respectivo para acordarlas o, en todo caso, remita taxativamente a un procedimiento cautelar vigente. El Código Penal, en su Parte Especial, sólo la contempla para los delitos ecológicos, aunque sin estatuir el procedimiento correspondiente.

Es de considerar, empero, que los artículos 674 y 682 del Código Procesal Civil prevén medidas

anticipativas sobre el fondo y medidas innovativas. Las primeras consisten en la ejecución anticipada -integral o parcial- de lo que se va a decidir en el fallo, atento a razones de impostergable necesidad. La segunda busca reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser el sustento de la demanda, de la concreta pretensión. Las medidas cautelares idóneas a las medidas materiales previstas en el artículo 105 del Código Penal, tal como se ha sostenido anteriormente, tienen como finalidad esencial evitar la utilización de la persona jurídica en actividades criminales, siempre que sea razonable prever tal posibilidad en virtud de un defecto de organización de la misma o que no se haya adoptado las necesarias medidas de precaución para garantizar su funcionamiento legal.

Son, pues, razones preventivas las que sustentan su imposición. Las citadas medidas cautelares importan mandatos destinados a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos; no sólo persiguen reponer un estado de hecho o de derecho, base de la pretensión en el procedimiento principal, tanto más si, en el presente caso, el presupuesto de dicha medida cautelar está en función a un hecho delictivo realizado por una persona natural realizado en el marco de actuación de una persona jurídica. Siendo así, no existe ninguna razón jurídica o preventiva que impida su imposición, lo que se justifica en términos generales en el poder cautelar genérico propio de la jurisdicción.

Señala al respecto Moreno Catena que al imponerse tales medidas resultará imprescindible respetar el *funus boni iuris*, es decir que aparezcan indicios suficientes de la actividad delictiva en las personas jurídicas; y, por lo que respecta al *periculum in mora*, al tratarse de medidas satisfactivas o anticipatorias, será necesario que se pondere la incidencia de la medida en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma<sup>(50)</sup>.

El artículo 314 del Código Penal prevé dos medidas cautelares radicadas exclusivamente en delitos ecológicos. Estas medidas cautelares deben dictarse

la absoluta necesidad que la medida cautelar debe estar en función, debe reflejar la naturaleza, de la pretensión principal (ver: Ejecutoria superior del 26 de abril de 1996, Expediente No. 437-96 Lima. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Jurisprudencia Proceso Cautelar*. Lima: LEG, 2001. pp. 9 y 10).

(49) Las medidas cautelares anticipativas, ha precisado la Corte Superior de Lima, están destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de una sentencia definitiva (artículo 618 del Código Procesal Civil [Ejecutoria superior del 14 de marzo de 1997, Expediente No. 45-97. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.: p. 655]). Las innovativas, a tenor de la ejecutoria superior del 30 de enero de 1998, están destinadas -con arreglo al artículo 682 del Código Procesal Civil- a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser el sustento de la demanda (Expediente No. 3847-97. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.: p. 59). La medida temporal sobre el fondo, aún cuando es excepcional, requiere la necesidad impostergable de su imposición, en función a la firmeza del fundamento de la imputación -de la demanda, en este caso- y de la prueba aportada (ejecutoria superior del 19 de octubre de 1998, Expediente No. 2243-98. SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.: p. 88).

(50) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Op. cit.: p. 302. La Corte Superior de Lima ha estipulado que para la procedencia de la medida cautelar es indispensable que el juzgador mida las consecuencias que ello puede ocasionar, dada la finalidad concreta del proceso causal

obligatoriamente, por tanto, la ley presume con la sola comisión del delito el cumplimiento de sus presupuestos jurídicos, los cuales sin duda alguna se perpetran utilizando una empresa. Se trata de la suspensión inmediata de la actividad contaminante y de la clausura temporal del establecimiento.

Un error técnico de la citada norma es que contempla la posibilidad de una clausura definitiva del establecimiento o local fabril. Las medidas cautelares, por su propia naturaleza, siempre son provisionales (ello constituye un efecto de la instrumentalidad de las mismas) y, por ende, se extinguen al terminar el proceso principal, por lo que si se dicta sentencia condenatoria su extinción da paso a su eficacia ejecutiva<sup>(51)</sup>.

Como se trata de medidas cautelares que tienen efectos innovativos y anticipativos de la medida material a dictarse en caso se emita sentencia condenatoria, la disposición de estas medidas cautelares debe respetar, como **condición general**, la presencia de elementos de convicción suficientes que acrediten la existencia del delito ecológico y la vinculación del imputado al mismo; y, como **exigencias cautelares específicas**: (i) que el delito se cometió en ejercicio de la actividad de la empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo; y, (ii) que existe peligro efectivo de contaminación ambiental en general de continuarse con las actividades de la empresa causalmente vinculadas al ilícito en cuestión.

Sin duda alguna no todos los delitos ecológicos previstos en el Título XIII del Libro II del Código Penal son pasibles de una medida cautelar como la contemplada en el artículo 314 del Código Penal, por lo que sólo considero viables a tal fin los tipos penales contenidos en los artículos 304, 307 y 307-A del citado código: contaminación del medio ambiente; depósito, comercialización o vertido de desechos industriales; e, ingreso ilegal al territorio nacional de desechos peligrosos.

Las exigencias cautelares específicas ya mencionadas determinarán, a su vez, la intensidad y extensión de las medidas cautelares a imponerse; el principio de proporcionalidad servirá para dilucidar si es del caso fijar un término de duración de la suspensión o de la clausura, y a qué específica actividad o concreto establecimiento del conjunto de actividades y establecimientos de una empresa involucrará la prohibición judicial.

No está demás precisar que, en defensa de la garantía genérica de defensa (artículo 139 inciso 14 de la Constitución) y, en su momento, para hacer factible el principio del contradictorio, la persona jurídica que ha de ser sujeto pasivo de la medida cautelar debe ser comprendida como parte acusada en el proceso penal, sea en el auto de apertura de instrucción o en una resolución ampliatoria; rigen, por tanto, las mismas reglas que para el tercero civil. Por otro lado, la resolución cautelar que se expida debe ser debidamente motivada (artículo 139 inciso 5 de la Constitución), con el correspondiente análisis probatorio y jurídico vinculado a las condiciones y a las específicas exigencias cautelares que la hacen viable.

#### 4 Tutelas cautelares especiales.

Nuestro ordenamiento procesal penal prevé tres medidas cautelares especiales, vinculadas a los delitos de (i) usurpación; (ii) tráfico ilícito de drogas; y, (iii) contra los derechos de autor y conexos, monetarios y aduaneros. La primera medida cautelar está prevista en los Decretos Legislativos No. 312, del 12 de noviembre de 1984, y No. 653, del 30 de Julio de 1991, y ha sido denominada “ministración provisional de la posesión”; la segunda está reconocida en el artículo 66 del Decreto Ley No. 22095, modificado por el Decreto Ley No. 22926, en el artículo 2 de la Ley No. 26332 y en el artículo 11 del Decreto Legislativo No. 824, que recibe el nombre de “destrucción de cultivos”; y, la tercera está desarrollada en el Decreto Legislativo No. 822, que modifica el artículo 221 del Código Penal, así como en las Leyes No. 26714 y 26461 y en el Decreto Ley No. 22095, referidas a la incautación de diversos bienes delictivos vinculados a los ilícitos penales contra los derechos de autor, monetarios, aduaneros y tráfico ilícito de drogas.

Los Decretos Legislativos No. 321 y 653 han incorporado una medida cautelar específica: la recuperación cautelar del bien usurpado. Está limitada a los delitos de usurpación de bienes, urbanos el primero y rústicos el segundo. Como tal, constituye una medida con efectos innovativos y anticipativos, por cuanto satisfacen provisionalmente un efecto, esta vez de carácter civil, de la condena por estos delitos: la devolución del bien usurpado, a que hacen referencia - como elemento general de la reparación civil- los artículos 93 inciso 1 y 94 del Código Penal.

es lograr la paz social en justicia (ejecutoria superior del 7 de noviembre de 1995, Expediente No. 1846-95. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.; p. 34).

(51) Ver: SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit.; p. 785.

La Corte Suprema, ratificando lo anterior, en ejecutoria de 25 de setiembre de 1992, señaló que “(l)a sentencia condenatoria dictada por el delito de usurpación debe disponer la restitución del bien usurpado, objeto material del delito, pues ésta es consustancial a la condena por el referido ilícito”<sup>(52)</sup>.

La recuperación cautelar del bien usurpado o, siguiendo el texto de la ley, “ministración provisional de la posesión”, es una medida innovativa en tanto que apunta a una situación fáctica: la comisión del delito de usurpación que importa el despojo, total o parcial, del bien que ocupaba pacíficamente el agraviado, y está destinada a hacer cesar dicha conducta, poniendo término a los efectos permanentes del ilícito penal. Esto último implica necesariamente una verdadera innovación en el *status quo ante*, en virtud de la cual se pone término a una permanencia delictiva evitando la continuación de los efectos lesivos del ilícito sobre el agraviado. La Corte Superior de Lima, en esta misma perspectiva en la Ejecutoria de 16 de enero de 1998 ha precisado que la medida busca evitar que la alteración al derecho del agraviado se torne irreparable<sup>(53)</sup>.

Esta medida, anota Jorge Peyrano, busca realizar un cambio en el estado de hecho y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica<sup>(54)</sup>. Su característica esencial, como enfatiza la propia norma, es su provisionalidad, tal como ha sido declarado por la Corte Superior de Lima en las ejecutorias de 20 de mayo de 1986<sup>(55)</sup> y de 13 de julio de 1998<sup>(56)</sup>, la cual ha sido expresamente formulada en el Decreto Legislativo No. 653 al señalar en su artículo 11 que la ministración de posesión al denunciante se “(...) mantendrá a las resultas del proceso penal correspondiente”.

Cabe puntualizar que en el artículo 161 *ab initio* del Código Procesal Penal de 1991, siguiendo al Proyecto Clariá Olmedo, bajo una concepción adecuadamente más amplia y comprensiva de diversos ilícitos penales, se configuró una medida innovativa penal que es del caso denominar “cesación cautelar de los efectos antijurídicos del delito”, en virtud de la cual: “(e)l juez, si no se causa perjuicio irreparable y las circunstancias del caso lo permiten, podrá disponer provisionalmente las medidas del caso para que cese el estado antijurídico producido

por el hecho punible en las cosas o efectos”. Se trata, en buena cuenta, de una medida provisional que se proyecta al ámbito de los delitos de estado y permanentes, en tanto el estado antijurídico que se crea produce efectos indeseables sobre las cosas, siendo del caso hacerlos cesar inmediatamente. Compete al juez, como anotáramos en otro trabajo, evaluar si corresponde dictar esta medida, en tanto sea posible evitar la continuación del perjuicio presente en las cosas materiales que constituyen el objeto del delito o en los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva<sup>(57)</sup>.

La recuperación cautelar del bien usurpado está sujeta al cumplimiento de una **condición general** muy exigente, en tanto se trata de un anticipo cautelar de la sentencia condenatoria. Se extiende a: (i) existencia de motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación; (ii) acreditación fehaciente del derecho del agraviado (el Decreto Legislativo No. 653 exige, en este supuesto, “instrumento fehacientemente probatorio del derecho del denunciante”); y, (iii) que el delito se haya cometido dentro del año anterior al auto de apertura de instrucción. Así lo ha ratificado la Corte Superior de Lima, en ejecutoria de 2 de diciembre de 1997 al exigir la concurrencia de los tres requisitos arriba puntualizados<sup>(58)</sup>.

Vistos los eventuales resultados negativos de esta medida, el juez debe ser particularmente exigente especialmente en que se encuentren *prima facie* acreditados los extremos delictivos y el derecho del agraviado a la posesión del predio; la ley dice “acreditación fehaciente del derecho del agraviado”, lo que exige elementos de prueba muy sólidos. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima, por ejecutoria de 30 de junio de 1997, ha establecido que no tiene mérito probatorio, a los efectos de esta medida cautelar, una inspección técnico-policia realizada sin la presencia del Ministerio Público, y que el juez debe ampararse en prueba fehaciente judicialmente actuada<sup>(59)</sup>.

Según se ha expuesto, la exigencia cautelar tratándose de medidas cautelares reales está centrada en los riesgos que para la efectividad de la sentencia, en el extremo de recuperación del bien usurpado en favor de la víctima,

(52) ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias Supremas Penales 1993-1996*. Lima: Legrima, 1997. pp. 187-188.

(53) BACA CABRERA, Denyse y otros. *Jurisprudencia Penal-Procesos Sumarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 717.

(54) PEYRANO, Jorge. *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 13.

(55) PAREDES PÉREZ, Jorge. *Para conocer el Código Penal*. Lima: Grijley, 1995. p. J-243.

(56) BACA CABRERA, Denyse y otros. *Op. cit.*: p. 715.

(57) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.*: p. 887.

(58) LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario 1996-1997*. Lima: Grijley, 1999. pp. 315 y 316.

(59) *Ibid.*: pp. 313 y 314.

puedan derivarse del tiempo necesario que debe transcurrir hasta su emanación. Existen obvias razones de orden público, derivadas de la propia comisión de un delito, para evitar que el imputado permanezca en posesión delictiva de un predio y de este modo perjudique aún más el legítimo derecho de la víctima. La eficacia del fallo penal depende, en este caso, de la actuación previa del órgano jurisdiccional, la demora en su actuación probablemente originaría un riesgo muy sensible de hacer nugatoria la tutela reclamada por la víctima; el perjuicio que sufriría sería irreparable, atento al tiempo transcurrido y a lo que significaría para su vida de relación verse despojado por un lapso de tiempo prolongado del bien que detentaba.

Como dato significativo del procedimiento cautelar innovativo se tiene, en primer lugar, que esta medida requiere una expresa petición cautelar del agraviado. Este último, a los efectos de su legitimación procesal, debe haberse constituido en parte civil, pues de otra forma no podría interponer solicitudes al juez, tal como está prescrito en el artículo 58 del Código de Procedimientos Penales de 1940. El Decreto Legislativo No. 653, parte de otra lógica, al estipular que tratándose de predios rústicos la medida se acuerda de oficio. Todo el procedimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 635 Código Procesal Civil, se lleva a cabo en cuaderno aparte, que es del caso formar con las piezas más importantes del expediente principal.

En segundo lugar, que la resolución cautelar no se acuerda inmediatamente, sino que automáticamente se abre un período probatorio brevísimo en el que, en el plazo máximo de 48 horas, se actúa la diligencia de inspección ocular, en cuyo desarrollo las partes podrán actuar las pruebas que consideren conveniente. La limitación a la inspección ocular y a que en su desarrollo, de ser el caso, se lleven a cabo las diligencias inmediatas compatibles con esa diligencia, guarda armonía con la *summaria cognitio* propia de todo proceso cautelar.

La inspección ocular (artículo 170 Código de Procedimientos Penales de 1940), o mejor dicho, inspección judicial (artículo 272 Código Procesal Civil), enseña Montón Redondo, es un acto de investigación con el que el instructor comprueba, por sí, el lugar donde se han producido los hechos, así como las circunstancias concurrentes en su comisión y posibles vestigios, objetos o huellas; y, que va dirigido a apreciar: (i) el lugar en que se sitúa la comisión de los hechos, debiendo indicarse todas sus peculiaridades: según el artículo 170

del Código de Procedimientos Penales de 1940: "(...) descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos en el que se encuentren los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse (...) se levantará el plano suficientemente detallado o se hará el retrato de las personas que hubiesen sido objeto del delito, o la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo que se hubiesen hallado"; (ii) circunstancias concurrentes en la perpetración del presunto delito; y, (iii) observación y conservación de objetos o elementos materiales que pudieran hallarse relacionados con este<sup>(60)</sup>. Ello significa que sólo se actuarán en dicho acto las diligencias compatibles con la finalidad de esa diligencia; el juez puede decidir que a la inspección judicial concurren peritos y testigos, a fin de que den los aportes que correspondan (el artículo 274 del Código Procesal Civil señala que en el acta que se levante al efecto no sólo se consignarán lo que es motivo de observación directa, sino que también debe contener un resumen pertinente de las observaciones de los peritos, los testigos, las partes y sus abogados). A dicha diligencia deben citarse a las partes para que puedan asistir a su realización, quedando claro que la incomparecencia de quien ha sido debidamente citado no tendrá consecuencias sobre su práctica<sup>(61)</sup>.

En tercer lugar, efectuada la diligencia de inspección ocular, sin necesidad de otro acto de investigación, el juez debe dictar la resolución que corresponda, estimando o desestimando el petitorio cautelar. El Decreto Legislativo No. 653 fija al juez un plazo de dos días para dictar la resolución cautelar o la desestimatoria de la medida. La resolución cautelar ordenará la recuperación cautelar del predio en favor del agraviado, que se producirá en el término de 24 horas, bajo apercibimiento de ordenar la desocupación coactiva inmediata del predio y su entrega a la víctima. El Decreto Legislativo No. 653 señala que la desocupación coactiva debe producirse dentro del término de 48 horas de solicitado el apoyo de la fuerza pública. En toda la ejecución de la misma interviene el Secretario de la causa, de la que se levantará el acta correspondiente (artículo 641 del Código Procesal Civil).

En cuarto lugar, la resolución cautelar, por su propia naturaleza, es ejecutable inmediatamente. El recurso de apelación por el afectado con la medida no tiene efecto suspensivo y su concesorio está condicionado a la efectiva ejecución de la misma, tal como lo establece el

(60) MONTÓN REDONDO y otros. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III. Op. cit., p. 185.

(61) *Ibid.*

artículo 537 del Código Procesal Civil. El Decreto Legislativo No. 653 estatuye, en esta misma perspectiva -lo que no obsta a la recuperación cautelar de bienes urbanos del Decreto Legislativo No. 312-, que “(e)l juez, bajo responsabilidad no admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación. La apelación no interrumpe su ejecución”. La regla, en estos casos, es la ejecución provisional de la resolución cautelar y que la impugnación procede siempre que el desalojo se haya producido, no antes.

Otra medida cautelar innovativa, que podemos rotular de “destrucción de cultivos”, es aquella prevista en el artículo 66 del Decreto Ley No. 22095, modificado por el Decreto Ley No. 22926, vinculada al delito de tráfico ilícito de drogas (ahora destinada al caso de siembra compulsiva de coca o amapola, según el artículo 296-C del Código Penal), y la estatuida en el artículo 2 de la Ley No. 26332, vinculada al delito de cultivo de plantaciones de adormidera del artículo 296-D del Código Penal. En estos casos, la ley prescribe que los cultivos serán destruidos, medida que el Decreto Legislativo No. 824 extiende a los cultivos de marihuana (¡que no están criminalizados!).

En el primer caso, la destrucción se realiza en presencia del Juez Penal, de un representante del Ministerio de Agricultura y otro representante de la Policía Nacional, levantándose al efecto el acta correspondiente (artículo 66, Decreto Ley No. 22095, modificado por Decreto Ley No. 22926). En el segundo caso, la destrucción se realiza bajo el control y responsabilidad del fiscal provincial, levantándose a tal efecto el acta correspondiente (artículo 2, Ley No. 26332).

La destrucción de cultivos, al perseguir el cese de la actividad delictiva de siembra y cultivo de coca, amapola o adormidera y marihuana (con las legítimas dudas dimanantes del principio de legalidad penal en este último supuesto) es una medida cautelar innovativa. Por su intermedio se pone fin al estado antijurídico creado por el delito de drogas, en su modalidad de actos de cultivo, que la sentencia condenatoria penal en su día debe ratificar. La evidencia del delito, acreditada con la propia ocupación del terreno de cultivo, justifica que por lo general se trate de una medida realizada en sede de investigación preliminar.

Cabe significar que, en el primer caso, el juez penal debe ordenar la destrucción del cultivo, pues tratándose de una diligencia con fines penales, su presencia, aun antes de dictar auto de apertura de instrucción -en este supuesto sería una medida precautelar- importa la dirección de la misma: el acta levantada al efecto tendrá

un carácter judicial. Empero, en el segundo caso, el juez penal no interviene, lo hace el fiscal provincial; por consiguiente, al realizarse la destrucción del cultivo en sede preliminar o fase preprocesal y bajo conducción fiscal (artículo 159 inciso 4 de la Constitución), está sujeta a un posterior control judicial de legalidad.

La comisión de los delitos de publicación ilegal de obra ajena (artículo 216 del Código Penal), modificación, reproducción, distribución o difusión indebidas de obras (artículo 217 del Código Penal) y plagio (artículo 219 del Código Penal), puede dar lugar a un proceso cautelar conservativo específico. El artículo 221 del Código Penal prescribe al efecto que en dichos delitos, “(...) se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados por la comisión del ilícito”. Esta norma, además, acota que la consecuencia accesoria de decomiso de los ejemplares incautados tiene como beneficiario al “(...) titular del derecho vulnerado o (...) una institución adecuada y, en caso no corresponder, serán destruidos. La entrega no tendrá carácter indemnizatorio”.

El efecto conservativo de una medida cautelar, considerado como un campo intermedio entre el efecto meramente aseguratorio y el provisionalmente satisfactivo o innovativo, consiste en mantener, pero también en modificar el *status quo* inicial, como única solución para cautelar la efectividad de la tutela que se presta en el proceso principal. Cuando, como consecuencia de un procedimiento de investigación de cualquiera de los tres delitos de autor ya señalados, se incautan los ejemplares ilícitos y los aparatos o medios utilizados para su comisión, lo que se está haciendo no es sólo inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal, también se está modificando el estado antijurídico generado por el hecho delictivo, a fin de tornar eficaz la intervención judicial contra estos delitos y, de ese modo, evitar la prolongación lesiva del delito.

El propio Código Penal define la medida cautelar que cumplirá la finalidad esbozada. Los bienes vinculados al delito deben ser incautados. Ello significa que se trata, siguiendo a Maurach, Gössel y Zipf, no de los *producta scaeleris*: sino de los **objetos del hecho**: caso de los ejemplares ilícitos<sup>(62)</sup> y de los *instrumenta scaeleris*: caso de los aparatos y demás medios utilizados en la comisión delictiva.

En estos casos la medida cautelar podrá dictarse *ex officio*, siempre que se acredite la **condición general** necesaria: principio de prueba que revele la realidad

(62) MAURACH y otros. Op. cit.: p. 682.

del delito y la vinculación del imputado con dicha infracción (*fumus boni iuris*), así como la correspondiente exigencia cautelar, que en estos casos, como reitera Ortells Ramos, el presupuesto del *periculum in mora*: riesgo de indisponibilidad de las cosas delictivas, es la propia *ratio* de la norma que permite adoptarla, sin requerir que el juzgador deba comprobarla<sup>(63)</sup>.

Existen otras normas que prevén incautaciones de bienes delictivos. Así tenemos: (i) el artículo 2 de la Ley No. 26714, referida a los delitos monetarios, impone la incautación de las máquinas, planchas, matrices, cuños, equipos y demás instrumentos materiales utilizados en su comisión (*instrumenta scaeleris*), así como las falsificaciones con ellos obtenidas (objetos del hecho); (ii) El artículo 12 de la Ley No. 26461, referido a los delitos aduaneros, obliga a la incautación y secuestro de las mercancías (objetos del hecho), medios de transporte (*instrumenta scaeleris*), bienes y efectos que constituyan objeto del delito (*producta scaeleris*); y, (iii) el artículo 66 del Decreto Ley No. 22095, referido a delitos de tráfico ilícito de drogas, dispone la incautación de las drogas (objetos obtenidos), insumos (objetos del hecho), fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación de drogas (*instrumenta scaeleris*), así como los equipos de trabajo y otros bienes de uso directo utilizados para el cultivo y explotación ilícita de coca. Cabe agregar que el artículo 2 de la Ley No. 26332 extiende esta medida al cultivo de adormidera.

Es evidente que la incautación o secuestro, en cuanto medida cautelar real, tiene en estos casos un decidido efecto conservativo, no meramente aseguratorio. En consecuencia, son aplicables los criterios y presupuestos expuestos líneas arriba.

### 5 Tutela cautelar de la consecuencia accesoria del decomiso.

El Código Penal de 1924, dentro del Título IV del Libro I denominado "Penas, medidas de seguridad y otras medidas", incorporó en el artículo 46 la confiscación, estatuyendo "(t)oda condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. **Los unos y los otros serán confiscados**, a no ser que

pertencieran a un tercero no responsable. Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento de delito o cuya fabricación, porte, uso o venta sean ilícitos, se ordenará siempre su **confiscación**, aún cuando no pertenezcan al acusado" (los énfasis son míos).

Sobre esa base, la doctrina nacional consideró que el decomiso era una medida de seguridad patrimonial. Bramont Arias indicaba que perseguía quitarle al delincuente o a otra persona la disponibilidad de cosas que tienen relación con el delito<sup>(64)</sup>, mientras que Peña Cabrera precisaba que tenía como propósito, además de preventiva de infracciones, eliminar cosas o instrumentos peligrosos, de suerte que el decomiso no se subordina a la peligrosidad del autor, sino que trata de alejarlo del recuerdo de aquellas cosas que le permitieron caer en el delito<sup>(65)</sup>.

El nuevo Código Penal (1991), siguiendo los diversos Proyectos del Código Penal de España, redefine el decomiso, tal como ahora lo rotula el Título VI del Libro I; "De la reparación civil y consecuencias accesorias". Ello implica apartar implícitamente el decomiso de las clásicas consecuencias penales, como son las penas y las medidas de seguridad. El Capítulo II de dicho Título está dedicado a las consecuencias accesorias, en las que incorpora el decomiso (artículo 102), la privación de beneficios de las personas jurídicas (artículo 104) y las medidas contra personas jurídicas (artículo 105).

El artículo 102 del Código Penal dispone que: "(e)l juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción".

Por su parte, el artículo 104 del Código Penal prescribe que: "(e)l juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueran insuficientes".

Según se pronuncia ahora Peña Cabrera el decomiso es una sanción accesoria a la pena principal; no es una medida de seguridad patrimonial, puesto que los fines de corrección y reeducación sólo son alcanzables a través de medidas que incidan estrictamente en lo

(63) ORTELLS RAMOS y otros. Op. cit.: p. 442.

(64) BRAMONT ARIAS, Luis. *Código Penal*. Lima: El Ferrocarril, 1996. p. 114.

(65) PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal Peruano-Parte General*. Lima: Sesator, 1977. p. 370.

personal<sup>(66)</sup>. Bramont Arias y Bramont-Arias Torres sostienen que el decomiso tiene naturaleza de pena, aunque tenga una clara utilidad para la indemnización del daño, y está dirigido a la prevención de los delitos quitándole al delincuente las cosas relacionadas con el delito cometido o por sí mismas peligrosas<sup>(67)</sup>.

Por nuestra parte, siguiendo a Gracia Martín, es de puntualizar que podría tratarse de una nueva consecuencia del delito<sup>(68)</sup>, cuyo contenido, al decir de Berdugo Gómez de la Torre, está orientado a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos, y en tanto es claramente afflictivo, en su imposición debe ser aplicable todo el elenco de garantías que recoge el Código Penal en relación con la pena y su prescripción<sup>(69)</sup>. En todo caso, su carácter complejo resulta inobjetable<sup>(70)</sup>, así como su naturaleza peculiar, al no responder a la prevención a través de la motivación ni a la retribución -lógica de las penas- ni a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto -lógica de las medidas de seguridad-<sup>(71)</sup>.

De cara a lo que debe decirse del secuestro o incautación cautelar, es del caso precisar lo siguiente respecto del decomiso:

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

b) Que el Código Penal reconoce tres tipos de decomiso: (i) decomiso de efectos (*producta scaeleris*), que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos; (ii) decomiso de instrumentos (*instrumenta scaeleris*), que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito, entendiéndose que se trata de un delito doloso, toda vez que, como enseña Fontán Balestra, importa la finalidad de realizar el tipo objetivo<sup>(72)</sup>; y, (iii) decomiso de beneficios, que en nuestra legislación se circunscribe a las personas jurídicas en cuanto tales, y tiene como norte cubrir -en cuanto sea insuficiente- la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil, lo que es de suyo criticable no sólo por no comprender el

supuesto de personas naturales sino porque a lo que es intrínsecamente penal se lo concibe civilmente y se lo limita a la reparación civil en cuanto la persona física vinculada a ella sea insolvente.

c) Que el decomiso funciona cuando se comete una infracción penal. No exige la imposición de una sanción penal al imputado. El decomiso en el Código Penal vigente, a diferencia del anterior, no se impone como consecuencia directa de una condena. Según Hans Heinrich Jescheck sólo resulta necesario que exista un hecho antijurídico doloso<sup>(73)</sup>. No hace falta que su autor haya cometido el delito con culpabilidad, tampoco que se haya acreditado la responsabilidad del imputado, por lo que un auto de sobreseimiento puede incluir tal medida si se acredita que el objeto está vinculado a un delito.

d) Que el decomiso procede cuando los objetos son de propiedad del autor o partícipe del delito, no cuando pertenecen a terceros no intervinientes en la infracción penal. Si el objeto se encuentra en régimen de copropiedad, dominio conjunto o en comunidad, el decomiso procederá si los imputados son todos titulares del mismo, salvo que sobre el bien exista un derecho de cuota, en aquellos casos en que es permitido hacerlo.

e) Que el decomiso puede obviarse si los bienes no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Si un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Será facultativo si el bien no es delictivo y si su valor no es claramente desproporcionado respecto del ilícito perpetrado; en este caso, de ser posible hacerlo, el decomiso será parcial.

f) Que es de diferenciar *producta scaeleris* con los objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible, que es lo que se denomina *corpus delicti*. Siguiendo a Maurach, Gössel y Zipf, son objetos obtenidos: el botín del hurto, el animal cazado contra la ley, el dinero ganado en un juego de azar prohibido; en cambio, son objetos del hecho: explosivos y armas poseídos sin autorización, entre otros<sup>(74)</sup>. Por ello es que la ley especial debe prever supuestos adicionales de decomiso, como es el caso de mercancías

(66) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal - Parte General*. Lima: Grijley, 1999. p. 695.

(67) Op. cit.; p. 317.

(68) GRACIA MARTÍN y otros. Op. cit.; p. 439.

(69) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal-Parte General*. Barcelona: Praxis, 1996. pp. 361 y 362.

(70) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. cit.; p. 786.

(71) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Barcelona: PPU, 1996. p. 788.

(72) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo Prelot, 1980. p. 266.

(73) JESCHECK, Hans Heinrich. Op. cit.; Volumen II. p. 1103.

(74) MAURACH y otros. Op. cit.; p. 682.



de contrabando, de la droga, de bienes culturales, de tenencia de armas de fuego<sup>(75)</sup>.

En cuanto a la incautación o secuestro, los artículos 170 y 171 del Código de Procedimientos Penales de 1940 señalan que el sujeto de esta medida es el juez penal (anteriormente, el artículo 59 Código de Procedimientos Penales de 1940 autorizó a la Policía Judicial a incautar efectos del delito). Si el delito ha dejado vestigios o pruebas materiales deben recogerse y conservarse; esta diligencia de retención de instrumentos, armas y efectos se protocoliza en un acta (ver: artículos 641 y 644 del Código Procesal Civil).

La incautación será cautelar cuando tiene como objeto efectos e instrumentos del delito y beneficios obtenidos por las personas jurídicas (artículos 102 y 104 del Código Penal) y, excepcionalmente, en los casos establecidos por la ley, los objetos obtenidos y los objetos del hecho, *corpus delicti*. En los supuestos de “piezas de convicción”, esto es, objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios probatorios, y de “objetos obtenidos y objetos del hecho que no se pueden perder en beneficio del Estado o de la víctima”, el secuestro será meramente instrumental, es decir, tiene una función esencialmente probatoria y de naturaleza coercitiva.

El secuestro cautelar, en tanto medida limitativa de derechos fundamentales (recuérdese que según el artículo 2, inciso 16 de la Constitución Nacional el derecho de propiedad tiene carácter fundamental), debe disponerse por el juez mediante resolución debidamente fundamentada (artículo 139 inciso 5 de la Constitución) y acorde con el principio de proporcionalidad. Para estos efectos, conforme a los presupuestos materiales de toda medida cautelar, requiere la presencia de elementos de convicción que acrediten la realidad del delito y la vinculación delictiva del imputado a título de autor o partícipe (condición general de la medida o *fumus boni iuris*), a la vez que devenga necesaria la ocupación y retención de los objetos en cuestión para evitar su desaparición o indisponibilidad (exigencia cautelar o *periculum in mora*).

De acuerdo a los artículos 59 y 63 del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 4 inciso 2 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, la policía, en su función de Policía Judicial, está autorizada a incautar objetos vinculados al delito, levantando el acta correspondiente suscrita por quien haya intervenido en ella. Esta ocupación y retención de bienes está vinculada

a la noción de **urgencia**; en consecuencia, solo podrá incautarse en sede preliminar si es que se advierte que, por razones de tiempo o peligro por la demora, no puede esperarse la preceptiva orden judicial, que es lo que se denomina “peligro de desaparición” o, en todo caso, si la aprehensión provisional requiere de una medida jurídica de ejecución. En estos casos, la naturaleza de la incautación es provisionalísima, por lo que necesariamente requiere la inmediata convalidación judicial mediante auto fundado que apreciará su procedencia; el juez penal, en el auto de apertura de instrucción, debe revocar o convalidar esta medida preprocesal.

La medida de incautación, en principio, se lleva a cabo aprehendiendo las cosas delictivas u ocupándolas, en tanto en cuanto son bienes muebles capaces de ser transportados, los mismos que inmediatamente son puestos a disposición de la autoridad competente. Por lo general, esta autoridad es el juez penal, salvo lo dispuesto en numerosas leyes penales especiales, tales como las represoras de los delitos de contrabando, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, corrupción, etcétera, cuya custodia se entrega a órganos administrativos *ad hoc* o a los Ministerios del Interior o de Justicia.

Cabe acotar que el artículo 643 del Código de Procedimientos Penales regula el denominado secuestro judicial, el mismo que recae sobre bienes litigiosos que en el caso penal se refieren a los bienes indicados en los artículos 102 y 104 del Código Penal, cuya característica esencial es, primero, el desapoderamiento de los mismos del poder del afectado: imputado o persona jurídica vinculada al imputado, que pierden el uso y goce del bien y la indisponibilidad material del mismo; y, segundo, que quedan en custodia -se entregan a un custodio- y bajo disposición judicial, con las particularidades que indican las otras normas del Código Procesal Civil y las específicas del ordenamiento punitivo ya citadas<sup>(76)</sup>.

Dispuesto el decomiso, en tanto consecuencia accesoria de naturaleza ejecutiva, corresponderá -según los casos- su destrucción, su adjudicación al Estado o su ejecución forzada con arreglo al Capítulo V del Título V de la Sección V del Código Procesal Civil.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no desarrolla las modalidades que puede revestir el secuestro o incautación cautelar. En consecuencia, es del caso aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil en lo atinente al secuestro judicial.

(75) Ver: GRACIA MARTÍN y otros. Op. cit.: p. 451.

(76) Ver: RIVAS, Adolfo A. *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*. Lima: Rodhas, 2000. pp. 138, 139 y 149.



En tal virtud, si se trata de bienes inmuebles, la medida importará necesariamente la desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez (aplicación supletoria del artículo 643 del Código Procesal Civil) o impuesto por la ley de ser el caso; y, concurrente o alternativamente, su inscripción si se trata de bienes registrados (artículo 656 del Código Procesal Civil). Por otro lado, si se está ante inversiones delictivas o frente a ganancias o beneficios delictivos de las personas jurídicas en el supuesto del artículo 104 del Código Penal, la incautación podrá tomar la forma de retención (bienes en posesión de terceros, artículo 657 del Código Procesal Civil) o de intervención en recaudación destinada a ocupar sus ingresos (artículo 661 del Código Procesal Civil). De igual manera, si se establece la constitución de empresas, intrínsecamente delictivas como fachada de actividades criminales o formada con el producto inmediato o mediato del delito para intervenir en el mercado (es muy importante, en el caso del lavado de activos, artículo 296-A y B del Código Penal) corresponde dictar un secuestro en forma de administración (artículo 669 del Código Penal). Es de insistir que el secuestro importa, siempre desamparamiento material del bien -su ocupación por la autoridad- y su consiguiente custodia, así como la puesta del mismo bajo disposición judicial.

Cuando se afecte a una persona jurídica, en tanto se trate propiamente de una empresa criminal -*producta scaeleris*- o cuando haya obtenido ganancias como consecuencia del delito perpetrado por un funcionario o dependiente suyo, resulta imprescindible -producida la medida- citarla al proceso y comprenderla, en este último caso, como parte acusada, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa. Debe evitarse la indefensión y como tal tiene garantizado constitucionalmente su derecho a la propiedad, cuya tutela no puede ser negada por el juez (ver: artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sin duda alguna, como se ha expuesto, la incautación o secuestro cautelar es una medida limitativa de derechos fundamentales (ex artículo 2 inciso 16 de la Constitución) y, como tal, comparte sus principios fundamentales. El primer principio es, precisamente, el de jurisdiccionalidad, en cuya virtud es al órgano jurisdiccional a quien corresponde decir la primera palabra cuando se trata de restringir derechos fundamentales.

Empero, este principio o regla genérica está sujeta, según la propia Constitución, a puntuales excepciones. Tenemos, por ejemplo, el caso de la detención preliminar policial y del allanamiento domiciliario, siempre que en ambos casos medie flagrancia delictiva, en el que aparece una expresa habilitación para que la restricción la realice la autoridad policial (artículos 2, inciso 24, literal f) y 2 inciso 9 de la Constitución). Aparte de esta autorización expresa es posible reconocer otras habilitaciones objetivas acudiendo a una interpretación sistemática de la Constitución. Para ello podría acudirse, desde una perspectiva negativa, a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que considera una mayor protección jurídica frente a posible medidas coercitivas cuando se trata de una “profunda intromisión en los derechos fundamentales”, y la circunscribe a aquellos casos en que la Constitución exige que la orden que motiva una coerción se reserve al juez<sup>(77)</sup>. Nuestra ley fundamental exige orden judicial tratándose de inviolabilidad de domicilio fuera de flagrante delito y autorización de quien lo habita, de secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, de secreto bancario y reserva tributaria, de libertad de tránsito, y de disolución de asociaciones; luego, los otros derechos fundamentales podrían ser limitados por la autoridad administrativa en general, claro está previa autorización legal.

Lo últimamente expuesto, sin embargo, no autoriza a entender que este “poder coercitivo” es ilimitado o

(77) SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 77.

autónomo. Se trata de una medida orientada al ejercicio de la acción penal y consecuente incoación de un proceso penal, por lo que tiene un carácter preventivo, en cuya virtud la autoridad jurisdiccional es quien tiene la palabra definitiva al respecto. Es absolutamente razonable que por razones de “peligro por la demora” la autoridad encargada de la investigación, que en nuestro ordenamiento jurídico es dirigida por el Ministerio Público<sup>(78)</sup>, pueda llevar a cabo actos de coerción directos tratándose de ámbitos no reservados exclusivamente a la jurisdicción y siempre que ello no afecte grave y definitivamente, esto es, irreparable y/o irreversiblemente, derechos fundamentales. La primacía jurisdiccional, en estos casos, se expresa en la necesidad de pronunciarse inmediatamente, asegurado el bien en cuestión, confirmando o alzando la medida adoptada por la Administración.

## 6 Tutela cautelar de la reparación civil.

### 6.1 La reparación civil.

El artículo 92 del Código Penal, que -siguiendo la exposición propuesta por Alonso Romero- opta por los modelos austríaco y portugués<sup>(79)</sup>, establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. Rige, pues, según nuestra legislación punitiva, un sistema de interdependencia o de unidad procesal entre las acciones civil (pretensión) y penal, en cuya virtud el hecho punible también origina obligaciones civiles<sup>(80)</sup>. Esto último es así porque no hay un ilícito civil ni otro penal: el ilícito es uno<sup>(81)</sup>.

Lo expuesto, desde luego, no significa, como equivocadamente anota Zarzosa Campos<sup>(82)</sup>, que la reparación civil tiene naturaleza pública. La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede “sustituir” o “transformar” en público lo que por imperio del derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto

ilícito. En esta misma perspectiva tiene razón Vasallo Sambuceti cuando anota que: “(...) (l)a obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del Derecho Penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios, consecuentemente, y dado que goza de un esquema idéntico al de la responsabilidad civil, encuentra su sustento jurídico en el Derecho Civil, es decir, en el derecho privado”<sup>(83)</sup>.

Son concluyentes al respecto Muñoz Conde y García Arán. En tanto la responsabilidad civil es transmisible a terceros, no proporcionada con el delito y disponible por el perjudicado, su naturaleza es civil. Ello en cambio -y sin negar lo anterior- no significa que el ilícito penal y el ilícito civil sean esencialmente distintos, pues su regulación como uno u otro depende del interés político criminal del Estado y de cómo se aplique el principio de *ultima ratio*<sup>(84)</sup>.

La antijuridicidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, en tanto que la obligación legal de indemnizar nace cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento que no es amparado por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. La responsabilidad civil, en consecuencia, se afirmará en tanto se causa un daño mediante una conducta, existiendo la relación de causalidad adecuada y los factores de atribución correspondientes. Enseña sobre el particular Taboada Córdova que, en cualquier caso, ante una conducta tipificada como delito, cuando se haya causado daño efectivamente, el autor del delito no sólo será responsable penalmente, sino también civilmente, siendo merecedor por ello, no sólo de una pena sino también de una obligación de indemnizar a la víctima, impuesta por la ley<sup>(85)</sup>.

(78) La Sentencia No. 005-2001.AI/TC Lima, del 15 de noviembre del 2001, ha señalado tanto que el Ministerio Público es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional, cuanto que la Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público (*El Peruano*. Sábado 17 de noviembre del 2001. p. 212791). Ello significa que una actuación policial no tiene entidad propia y, por tanto, no sólo debe ser dirigida por la Fiscalía, sino que de importar limitación de derechos requiere la ulterior decisión jurisdiccional.

(79) ARANGUINA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*. pp. 230-243.

(80) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal-Parte General*. Bogotá: Temis, 1997. p. 779. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit.: p. 346.

(81) PENA CABRERA, Raúl. Op. cit.: p. 691.

(82) ZARZOSA CAMPOS, Carlos. *La reparación civil del ilícito penal*. Trujillo: Rodhas, 2001. p. 168.

(83) VASALLO SANBUCETI, Efraín. *La acción civil en el proceso penal*. Lima: San Marcos, 2000. p. 37. Dicho autor insiste: “(e)l daño es el elemento constitutivo central de la responsabilidad civil. Comprendemos que el daño es todo menoscabo, detrimento, perjuicio o disminución que sufre el sujeto en su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial” (Op. cit.: p. 260).

(84) MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal-Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 677.

(85) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grifley, 2001. pp. 35, 36 y 40. Otro autor incorpora

Por consiguiente, en el proceso penal peruano se acumulan obligatoriamente el objeto penal y el objeto civil<sup>(86)</sup>. Señala Villa Stein que “(c)riterios de economía procesal y de justicia deben hacer de la justicia penal en este extremo, un instrumento tanto o más efectivo que la privada del Derecho Civil, para evitar a los agraviados de un delito que, en procura de un mejor resarcimiento, acudan a la vía civil duplicando esfuerzos, agudizando conflictos y recargando al sistema de justicia que debiera de una vez por todas zanjar el conflicto originado en la infracción de la norma”<sup>(87)</sup>.

El Ministerio Público, independientemente de la voluntad de la víctima, de instar en sede penal el pago de la reparación civil, debe perseguir su satisfacción (artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) e incluirla en su acusación (artículo 225 inciso 4 del Código de Procedimientos Penales del 1940)<sup>(88)</sup>. A su vez, el órgano jurisdiccional, en caso expida sentencia condenatoria, debe fijar el monto de la reparación civil, indicar la persona que debe percibirla y precisar los obligados a satisfacerla (artículo 285 del Código de Procedimientos Penales del 1940). Ello, por cierto, no significa que “(...) la institución de la parte civil o bien tiene carácter prescindible (o lo que es más: no tiene razón de ser), o bien su función tiene como objetivo principal el lograr la indemnización de los daños o perjuicios o la restitución de la cosa, sino que su papel quedaría configurado como un poder de persecución del delito que se le confiere a todo perjudicado, pasando a ser una suerte de ‘Ministerio Público de carácter privado’”<sup>(89)</sup>. Sencillamente expresa una óptica procesal de clara legitimación a favor del Ministerio Público para actuar en defensa de la víctima, la cual por cierto tiene la opción de personarse en el proceso penal para instar la pretensión civil o de incoar un proceso en sede civil.

Es patente, sin embargo, que no cabe que el juez penal ordene de oficio, en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño causado por el delito, que por lo demás es el reflejo de la teoría positivista que equipara la reparación del daño a la pena. Como apunta, Vélez Mariconde, la reparación es y será siempre un derecho subjetivo del damnificado, de ahí que la intervención del Ministerio Público sólo puede reconocer y no menoscabar del derecho del damnificado, al punto que, en defensa de los intereses de la víctima, debe ejercer la acción civil cuando su titular le delegue su ejercicio o sea incapaz de hacer valer sus derechos (verbigracia: precaria situación económica, temor de afrontar los gastos de un juicio, que se suma a los daños ya sufridos) y no tenga quien lo represente<sup>(90)</sup>.

En el derecho peruano -es de insistir- la pretensión civil debe ser ejercida conjuntamente con la penal por el Ministerio Público, pero ello no puede interpretarse en el sentido que si la víctima se apersona como actor civil la posición del fiscal debe ceder o auto limitarse. Ello importa, sencillamente, que el juez tendrá en cuenta que la pretensión se ejerce por ambas partes y que, en todo caso, debe primar -por la naturaleza privada de la pretensión- la que inste la víctima, al punto que si se desiste o renuncia a su ejercicio o si su pretensión es de menor entidad que la del fiscal, tal posición debe prevalecer a los efectos de la decisión judicial. El Ministerio Público actúa -por imperio de la ley-<sup>(91)</sup> para defender el interés de la víctima, de suerte que cuando ésta se apersona en el proceso el ámbito de la pretensión, en cuanto al principio de congruencia, debe relacionarse con ésta y no con la exigida por el Fiscal. Rechazar sin más la opción de la ley, sin atender a las matizaciones que se plantean, significa desconocer aspectos liminares del Derecho

como un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, la imputabilidad o capacidad de imputación, en rigor es un *prius* frente a todo el sistema de responsabilidad civil, exigir la presencia de todos aquellos elementos que permitan comprobar la presencia de discernimiento en el sujeto (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. pp. 55, 57 y 60).

- (86) La Corte Superior de Lima en una Ejecutoria de 30 de junio de 1986 estimó que, en efecto, la exigencia del pago de la reparación civil es de carácter civil (*Corte Superior de Lima-Jurisprudencia Penal*. SAN MARTÍN y VILLAVICENCIO (coordinadores generales). Lima: Cuzco, 1988. p. 112).
- (87) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal-Parte General*. Lima: San Marcos, 1998. p. 502.
- (88) La jurisprudencia suprema, concordante con este mandato legal, que tiene su precedente en el artículo 65 del Código Penal de 1924, estableció que es obligación del fiscal, al formular acusación, solicitar la correspondiente reparación civil (Ejecutoria suprema del 15 de mayo de 1935. En: *Revista de los Tribunales*. Lima, 1935. p. 154).
- (89) CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Lima: Idems. p. 85.
- (90) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Córdova: Marcos Lerner. pp. 302-310.
- (91) Esto es lo que se denomina “legitimación extraordinaria por imperio de la ley” (apunta Asencio Mellado que en estos casos la ley confiere legitimación a determinados sujetos para intervenir en cualquier posición procesal aún cuando no sean titulares de la relación jurídica debatida, que es lo que en Alemania se denomina “facultad de conducción procesal”). ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Civil-Parte Primera*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 62.

procesal y la naturaleza de la función del Ministerio Público en los sistemas eurocontinentales<sup>(92)</sup>; siendo impropio sostener que porque en determinados casos por expresa voluntad de la víctima constituida en actor civil exista en rigor un litisconsorcio activo, se afecta el principio de igualdad de armas; la pluralidad de partes, propia de un litisconsorcio, reconocido y regulado por la ley procesal, no puede considerarse expresión de una lesión a la igualdad procesal<sup>(93)</sup>.

Por todo ello es de acotar, por la naturaleza privada de una pretensión civil, como en su día apuntó el Supremo Tribunal, que no procede aumentar el monto de la reparación civil fuera del *petitum* del fiscal o del actor civil<sup>(94)</sup>. La reparación se rige por el principio del daño causado<sup>(95)</sup> y debe establecerse de modo individualizado precisando al sujeto obligado y a su titular<sup>(96)</sup>, así como fijarse en moneda de circulación oficial<sup>(97)</sup>, nunca en unidades de referencia procesal o en dólares americanos<sup>(98)</sup>.

La Corte Suprema ha declarado nulas las sentencias que omiten pronunciarse sobre ese extremo<sup>(99)</sup>; empero, cierta jurisprudencia superior, siguiendo el pensamiento doctrinal mayoritario ha establecido, por ejemplo, que en los delitos de peligro (se trata en el caso revisado de un delito de tenencia ilegal de armas) no cabe imposición de reparación civil porque “(...) no ha ocasionado daño patrimonial”<sup>(100)</sup>. Para que la conducta sea ilícita debe generar un daño, que es lo que se indemniza; daño que, como apunta

Palacios Pimentel, debe ser cierto y actual, ya producido y consecuencia de la conducta ilícita, con la que debe haber una relación de causalidad; y, puede definirse como “todo detrimento o menoscabo físico o moral sufrido por el acreedor (la víctima)” por causa de la conducta delictiva<sup>(101)</sup>.

La jurisprudencia suprema, además, ha considerado que si se declara la prescripción de la acción penal o si se absuelve al imputado no cabe que éste responda civilmente<sup>(102)</sup>; en el caso de prescripción de la ejecución de la reparación civil, la Corte Suprema precisó, primero, que el término de prescripción empieza a computarse desde el día de la expedición de la sentencia que pone fin al proceso<sup>(103)</sup>; y, segundo, que es de aplicación el artículo 2001 del Código Civil y, por tanto, el término es de diez años<sup>(104)</sup>.

Es de tener presente, no obstante ello, como precisa Cury Urzúa, que “no siempre que desaparece el interés social en castigar un hecho cede, al mismo tiempo, el derecho del particular afectado a la reparación del daño que se le ha causado”, respecto del que debe tomarse en consideración supuestos de exclusión de la acción u omisión, de ausencia de tipicidad, de exclusión de elementos que integran la faz objetiva del tipo, de la ausencia de un elemento subjetivo anómalo del tipo, de la presencia de causas justificativas, de la inimputabilidad, de la concurrencia de causales de exculpación o de la existencia de un error de prohibición<sup>(105)</sup>. La Corte Suprema ha estipulado que el

(92) En contra: CASTILLO ALVA, José Luis. Op. cit.: pp. 86-90.

(93) CASTILLO ALVA, José Luis. Op. cit.: p. 85. Cabe agregar que un objetivo esencial del proceso penal moderno, esto es, como apunta Gimeno Sendra, un ámbito funcional del Derecho Procesal Penal es que éste se constituya en un instrumento útil para la reparación de la víctima (SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit.: Tomo I. p. 10), por lo que prescribir que en él se persiga obligatoriamente la reparación civil, sin perjuicio de reconocer la posición preferente de la víctima que al punto de poder hacer valer su derecho indemnizatorio en sede civil o en el mismo proceso penal, en nada afecta o vulnera principio o garantía procesal alguna o, en su caso, el derecho sustantivo. La jurisprudencia regional de la CIDH insiste en este punto de vista y no se pone a cuestionar si ésta debe ser parte o no, sólo que en el proceso se le debe reparar, lo que constituye una obligación del Estado (sentencia de la CIDH, 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez). Cfr. CAFFERATA NORES, José I. *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 57.

(94) Ejecutoria suprema del 30 de noviembre de 1949. En: *Revista de Jurisprudencia Peruana*. 1950. p. 82.

(95) Ejecutoria suprema del 17 de noviembre de 1997. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 259.

(96) Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1992. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. p. 414.

(97) Ejecutoria suprema del 9 de setiembre de 1997. En: *Ibid.*; p. 412.

(98) Ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1997. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.: p. 259. Ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 1994; En: ROJJASI PELLA, Carmen. Op. cit. p. 148.

(99) *Revista de Jurisprudencia Peruana*. 1974. p. 865.

(100) Ejecutoria superior del Cono Norte de Lima, expediente No. 200-232, del 9 de agosto del 2000. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal Patrimonial 1998-2000*. Tomo I. Lima: Grijley, 2000. p. 237-242.

(101) PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. *Elementos de derecho civil peruano*. Tomo I. Lima: Eddili. pp. 125 y 500.

(102) Ejecutoria suprema del 13 de mayo de 1930. En: *Revista Anales Judiciales*. Lima, 1930. p. 111. Ejecutoria suprema del 17 de agosto de 1940. En: *Revista de los Tribunales*. Lima, 1940. p. 382.

(103) Ejecutoria suprema del 13 de mayo de 1930. En: RONCALLA VALDIVIA, Lino. *Jurisprudencia en Materia Procesal Penal*. Lima: Eddili. 1984. p. 98.

(104) Ejecutoria suprema del 25 de noviembre de 1996. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Suprema*. Tomo I. p. 271.

(105) CURY URZÚA. *Derecho Penal-Parte General*. Tomo II. Santiago: Jurídica de Chile, 1985. pp. 457-459.

(106) Ejecutoria suprema del 13 de diciembre de 1996. En: GOMEZ MENDOZA, Gonzalo. *Jurisprudencia Penal*. Tomo III. Lima: Idemsa. p.49.

cumplimiento de la reparación civil se persigue de acuerdo a los numerales 95 y 101 del Código Penal<sup>(106)</sup>.

El objeto de la reparación civil, de naturaleza patrimonial, comprende dos clases de acciones: (i) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor: acciones restitutoria y, en su defecto o concurrentemente, reparatoria, si el bien recuperado ha sufrido algún desmedro; y, (ii) la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales (acción indemnizatoria). La Corte Superior de Lima en ejecutoria del 30 de junio de 1997, sobre esa base, ha resuelto que para determinar el monto de la reparación civil se deberá tomar en consideración el daño emergente (desmedro patrimonial sufrido por la víctima), el lucro cesante (utilidad que el perjudicado dejó de percibir con el hecho delictivo) y el daño a la persona<sup>(107)</sup>; de igual manera, mediante ejecutoria del 9 de diciembre de 1997 ha establecido que también corresponde imponer el pago de los intereses legales<sup>(108)</sup>.

Aclara al respecto Emilio Gómez Orbaneja que la acción de restitución no pertenece técnicamente a la institución jurídica de la reparación del daño, dado que sus efectos más que reparar los efectos nocivos del delito, lo que trata es de evitarlos en todo o en parte, la cual además se entiende no necesariamente con el autor del delito sino con quien tenga el bien en su poder<sup>(109)</sup>. Al respecto, y en esa misma línea, el artículo 94 del Código Penal estatuye que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros.

Es de tener presente, como puntualiza José Luis Vásquez Sotelo, que de un delito no se deriva necesariamente responsabilidad civil, que exige necesariamente de un daño, pues ello es propio de los delitos de lesión, que suponen un ataque consumado a los bienes protegidos, y puede faltar en los delitos puramente formales o de peligro, o cuando la acción delictiva fue meramente intentada, aunque cabe acotar que la ausencia de responsabilidad civil dependerá que los primeros pasos del *iter criminis*; no hayan podido

llegar a constituir un ilícito civil que haya generado consecuencias dañosas que deben ser resarcidas, lo que también puede ocurrir con los delitos formales<sup>(110)</sup>.

Cabe señalar, finalmente, que si bien es obvia la naturaleza civil de la reparación civil, el Código Penal al incluirla y regularla en algunos aspectos con características propias (ver: artículos 94, 97 y 100 del Código Penal), demuestra que también le atribuye el valor de medio de lucha contra el delito, “tanto más que si la pena es un mal, la reparación civil también lo es, a punto tal que, muchas veces, ocasiona al autor o partícipe del injusto un dolor más intenso que la misma pena”<sup>(111)</sup>. No obstante ello, vista su naturaleza civil, para la materialización de su pago deben utilizarse los mecanismos procesales de carácter civil<sup>(112)</sup>.

## 6.2 El embargo.

El embargo, en cuanto medida cautelar real adecuada y expresamente prevista para garantizar la reparación civil por el artículo 94 del Código de Procedimientos Penales de 1940, modificado por el Decreto Ley No. 21895, es la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento de juez competente por razón de delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado, a diferencia de la incautación que recae sobre cosas litigiosas<sup>(113)</sup>. Como tal, en palabras de Garberí Llobregat, busca lograr el aseguramiento anticipado de las eventuales responsabilidades civiles en que, en su caso, pueda incurrir el sujeto pasivo de un proceso penal<sup>(114)</sup>.

El sujeto pasivo de la medida es el autor o partícipe del delito. También lo es el tercero civil (ver: artículo 90 del Código Penal y numerales 1975, 1976 y 1985 del Código Civil), quien para tales efectos debe ser emplazado judicialmente<sup>(115)</sup>. El responsable en este último caso, puede ser -según las circunstancias- tanto personas naturales cuanto jurídicas; como tal, presupone -al decir de José León Barandiarán- el agente, el autor directo del daño, y otra persona que en virtud de

(107) LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE. Miguel. Op. cit.: p. 16.

(108) Ibid.: p. 425.

(109) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1947. pp. 348-350.

(110) VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 1994. p. 107.

(111) BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*. Lima: San Marcos, 1998. p. 311.

(112) Ejecutoria suprema del 15 de diciembre de 1997. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit.: pp. 257 y 258.

(113) CASTÁN TOBENAS, José. “embargo”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo VIII. Barcelona: Francisco Seix, 1993. pp. 237 y 238.

(114) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Los procesos penales*. Tomo IV. Barcelona: Bosch, 2000. p. 525.

(115) El Tribunal Supremo por ejecutoria del 25 de octubre de 1945 (en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*. 1946. p. 206) señaló que: “(n)o procede compeler la concurrencia obligatoria del tercero responsable civilmente, al que sólo se citará para la audiencia”.

determinadas consideraciones legales, debe responder por tal daño causado por otro<sup>(116)</sup>.

La responsabilidad del tercero, siempre es por riesgo y, además, solidaria (ver: 1975 y 1981 del Código Civil); en el caso del daño criminal causado por el incapaz sin discernimiento, la responsabilidad civil es exclusiva del representante legal (ver: artículo 1976 del Código Civil)<sup>(117)</sup>. La reparación civil, siendo solidaria, permite exigir el pago de la totalidad de la prestación al autor indirecto o subsidiario<sup>(118)</sup>. La solidaridad, a diferencia del viejo Código Civil, ha sido expresamente sancionada en el nuevo Código Civil, aunque la jurisprudencia y la doctrina civil ya la consideraba como tal (ver: ejecutoria suprema del 27 de abril de 1938)<sup>(119)</sup>. Puede ser directa (verbigracia: daños del incapaz conforme a los artículos 1975 y 1976 del Código Civil) o indirecta o especial (verbigracia: daños del dependiente, artículo 1981 del Código Civil). Esta última responsabilidad, como anota Gálvez Villegas, es solidaria y, en tal virtud, se le puede exigir el pago de la totalidad de la prestación resarcitoria subsidiaria. Se trata de un caso de responsabilidad indirecta y, como tal, subsidiaria, porque no recae en el autor directo del daño sino en persona distinta; es la responsabilidad por hecho ajeno impuesta por razones legales<sup>(120)</sup>.

Señala Juan Montero Aroca que la responsabilidad del tercero civil nace lógicamente de la insolvencia del responsable directo y alcanza siempre a persona que no es el acusado<sup>(121)</sup>. Ello, sin embargo, para nuestra legislación no es de recibo. Es cierto que debe haber un responsable directo (ver: artículo 1975, 1976 y 1981 del Código Civil), pero afirmándose la comisión de una infracción penal de parte de aquél, surge necesariamente la responsabilidad indirecta en la medida en que ocasione un daño. Empero, el artículo 100 del Código de Procedimientos Penales establece que el embargo sólo procederá en ese caso cuando se descarta que el responsable directo pueda responder con su patrimonio.

Es de mencionar, no obstante ello, que la insolvencia según el Código Civil -norma posterior- no es una condición para que opere la responsabilidad civil del tercero y, por ende, para que en virtud de la solidaridad se le pueda trabar embargo sin ese previo requisito. Por ello, es de considerar -vista la configuración de la responsabilidad por el Código Civil, ratificada por lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal- que la indicada norma procesal está abrogada por no responder a los criterios jurídicos en que ésta se sustenta<sup>(122)</sup>.

En atención a lo expuesto, tampoco es de recibo sostener, como lo hace García Rada, por un lado, que la reparación civil en favor de la víctima es solidaria entre el acusado y el responsable civil, sin ser necesario que previamente se establezca la insolvencia del condenado para exigir el pago al tercero civil; y, por otro lado, contradictoriamente, que el tercero civil debe ser citado por una posible insolvencia del responsable directo, quien si está en condiciones de pagarla, no le corresponde hacerlo al tercero civil<sup>(123)</sup>. La responsabilidad solidaria permite precisamente atribuir la obligación de resarcimiento a cualquiera de los responsables, sin condición alguna ni constataciones en sede jurisdiccional acerca de la solvencia o insolvencia del responsable directo, bases materiales que, por cierto, la norma procesal -de realización de lo sustantivo- no puede alterar o estar en disonancia.

Las notas específicas que es del caso destacar, son las siguientes:

a) Que la resolución cautelar de embargo, aún cuando el artículo 94 del Código de Procedimientos Penales de 1940 no es del todo claro, exige una atribución razonada del hecho punible o *fumus delicti*; esto es, fundamento probatorio de la imputación delictiva aceptada en el auto de apertura de instrucción; y, por cierto, aunque implícitamente, que la pretensión civil no esté suficiente garantizada, entre otros factores<sup>(124)</sup>: *periculum in mora*.

(116) LEÓN BARIANDARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1954. pp. 447 y 448.

(117) La Corte Suprema ha dejado sentado que la responsabilidad en los supuestos de dependencia y de propiedad de un vehículo o una maquinaria con el que o a través del que se cometió un delito es solidaria y proviene de la culpa *in eligendo* (ver: (i) ejecutoria suprema del 9 de mayo de 1930; En: *Revista Anales Judiciales*. 1930. p. 104; (ii) ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 1952. En: *Revista de Jurisprudencia Peruana*. 1953. p. 484; (iii) ejecutoria suprema del 13 de julio de 1938. En: *Revista de los Tribunales*. 1938. p. 225).

(118) GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Lima: Idemsa, 1999. p. 219.

(119) *Revista de los Tribunales*. 1938. p. 290. En: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil Anotado*. Lima: Mejía Baca, 1955. p. 315. LEÓN BARANDIARÁN, José. Op. cit.: p. 460.

(120) PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. Op. cit.: Tomo I. p. 134.

(121) MONTERO AROCA, Juan. *Entre la trasgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento*. En: *Ensayos de derecho procesal*. Barcelona: José María Bosch, 1996. p. 642.

(122) En contra: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Op. cit.: p. 219. El beneficio de "excusión" que alega el citado autor -sin aval dogmático expreso-, estimamos nosotros, no está reconocido, para estos casos, en el Código Civil.

(123) GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Eddili, 1984. p. 107.

(124) RIVAS A., Adolfo. *Las medidas cautelares*. Lima: Rodhas, 2000. pp. 41 y 42.

El embargo es obligatorio cuando se haya dictado mandato de detención contra el imputado y facultativo en los demás casos. El embargo requiere que el juez motive acerca de la **condición general** de la medida y la **exigencia cautelar** específica. Al respecto, Domingo García Rada explica que puede desestimarse un petitorio de embargo por considerar que no aparece clara la responsabilidad del inculpaado y no se justifica dictar tal medida precautoria, el mismo que procederá más adelante si las pruebas actuadas ulteriormente acreditan la responsabilidad del mismo<sup>(125)</sup>.

El embargo se traba de oficio o a pedido del fiscal o del actor civil (ver: artículo 95 inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 94 del Código de Procedimientos Penales). El auto que lo acepta, siempre motivado, se dicta bajo el principio *inaudita parte*, es decir, sin oír al imputado o al tercero civil. Este trámite unilateral alcanza no sólo a la decisión cautelar sino que se extiende hasta su ejecución concreta, según lo dispone el artículo 87 del Código Procesal Civil.

Para trabar embargo contra el tercero civil, se requiere, en primer lugar, que haya sido comprendido como tal en la instrucción, mediante auto fundado; y, en segundo lugar, un expreso fundamento acerca de la condición general de la medida y de la exigencia cautelar específica. A nuestro juicio, como lo explicamos en el párrafo anterior, no hace falta establecer, aún mediante sospechas simples, que el autor directo o imputado tenga la condición de insolvente; la solidaridad que impone la ley material, dictada inclusive con posterioridad al Código de Procedimientos Penales, así lo exige. García Rada, en otro trabajo, precisó que el ante proyecto del Código de Procedimientos Penales (artículo 118) no exigía la insolvencia, por lo que la actual norma procesal (artículo 100 del Código de Procedimientos Penales) ha desvirtuado la finalidad del embargo, cambiando la fisonomía de la obligación solidaria<sup>(126)</sup>. Ello obliga, frente al nuevo texto del Código Civil, dictado con posterioridad al Código de Procedimientos Penales, que

expresamente impone la solidaridad, a entender que la norma procesal en ese extremo ha sido abrogada.

b) Que la medida de embargo importa la expedición de dos resoluciones.

- La primera, que dicta la medida sobre la base del *fumus boni iuris* o *fumus delicti* y el *periculum in mora*, determinando el monto del mismo, que -como ha sido establecido en la ejecutoria suprema del 13 de diciembre de 1994- debe guardar relación y proporcionalidad con la naturaleza y gravedad del daño ocasionado a los intereses de la víctima<sup>(127)</sup> y que -según la doctrina sentada en la ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 1994- se fija en nuevos soles<sup>(128)</sup>. Esta primera resolución es de alcance genérico pues se compromete globalmente el patrimonio del imputado o del responsable civil, "sin referencia a bienes o elementos patrimoniales concretos"<sup>(129)</sup>; y, previamente, dispone que el obligado señale bienes libres (artículo 95 del Código de Procedimientos Penales de 1940), para lo cual debe fijar el monto del mismo. Sobre el monto del embargo, la Corte Superior de Lima dejó sentado que "el embargo debe guardar proporción con la suma que debe eventualmente devolverse y que baste para cubrir el monto de la indemnización"<sup>(130)</sup>.

La pretensión cautelar debe contener, por tanto, un *petitum*, que debe traducirse en determinar el alcance (forma del embargo y bienes comprometidos) y monto de la medida requerida, y una *causa petendi*, referida a los fundamentos jurídicos que la sustentan en función a los presupuestos materiales que justifican toda medida cautelar; salvo la contracautela, debe cumplirse con los requisitos estatuidos en el artículo 619 del Código Procesal Civil.

- La segunda resolución se dicta en ejecución de la anterior, cumplido el señalamiento de bienes libres o, en su defecto, cuando éste no cumpla con precisarlos, trabando embargo sobre los bienes que se sepa son de propiedad del obligado. Es obvio que este emplazamiento es imprescindible estando personado el

(125) GARCÍA RADA, Domingo. Op. cit.: p. 149.

(126) GARCÍA RADA, Domingo. *La instrucción. El Inculpaado*. Volumen I. Sanmartí y Cía., 1967. p. 170.

(127) En: *Todo sobre el Código Penal*. Lima: Idemsa, 1996. p. 177. Una antigua posición jurisprudencial del Supremo Tribunal, absolutamente incorrecta, consideraba que como "(l)a obligación de indemnizar el daño causado por el delito, coincide con el mismo fin de la pena (...) para fijar la reparación civil debe tenerse en cuenta necesariamente el monto del daño causado y las posibilidades del responsable" (ejecutoria suprema del 7 de setiembre de 1967. En: *Revista de Jurisprudencia Peruana*. 1967. p. 1209); antes había hecho lo propio la ejecutoria suprema del 27 de agosto de 1954 (RONCALLA VALDIVIA, Lino. Op. cit.: pp. 95-97). Esta doctrina jurisprudencial, lamentablemente, ha sido seguida en alguna ejecutoria superior de Lima, como la del 26 de enero de 1998 (BACA CABRERA, Denyse y otros. *Jurisprudencia Penal-Procesos Sumarios*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. pp. 114 y 115).

(128) En: ROJJASI PELLA, Carmen. Op. cit.: p. 148.

(129) GARBERÍ LLOBREGAT, José. En: GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Op. cit.: p. 525.

(130) Ejecutoria suprema del 25 de abril de 1988. En: SAN MARTÍN y VILLAVICENCIO (Coordinadores generales). *Corte Superior de Lima-Jurisprudencia Penal*. Tomo III. Lima: Cuzco, 1990. p. 39.



imputado o con mandato de comparecencia -libre o restrictiva-, pero no cuando se encuentra con mandato de detención y materialmente ausente de la sede judicial.

La Corte Suprema, por ejecutoria del 18 de febrero de 1980, ha establecido que si se hace efectiva la medida de embargo sin requerir previamente a los encausados para que designen bien libre, tal diligencia es nula<sup>(131)</sup>. Por lo demás, como lo recuerda la ejecutoria superior de Lima del 17 de setiembre de 1997, el procedimiento de embargo debe correr en cuaderno separado<sup>(132)</sup>; y, enfatiza la ejecutoria suprema del 18 de febrero de 1980, si el embargo recae en tercera persona, ésta necesariamente debe tener la condición de tercero civil<sup>(133)</sup>; es imperativo, además que previamente debe exigirse al responsable civil el señalamiento de bienes libres.

c) Que el embargo, según el artículo 96 del Código de Procedimientos Penales de 1940, puede ser sustituido por una caución que sea suficiente, a juicio del Ministerio Público, para cubrir el monto de la reparación civil. El dictamen fiscal es indicativo, pero no vinculante, atento a que se trata de una parte en el proceso. La fianza, en consecuencia, es una garantía subsidiaria, que reemplazará al embargo trabado o por trabarse; como es obvio, tiene un carácter patrimonial y persigue garantizar los efectos civiles del proceso penal. Esta puede ser personal, pignoratícia, hipotecaria o bancaria<sup>(134)</sup>.

d) Que las formas de embargo: depósito, inscripción, retención, etcétera, son las mismas previstas en el Código Procesal Civil, al que es de remitirse en vía de supletoriedad. (artículos 97 y 98 del Código de Procedimientos Penales de 1940). Rigen, en lo pertinente, las reglas de dicha normatividad procesal, con la excepción especial que no cabe contracautela, “(...) tal vez porque el responsable de los daños y

perjuicios causados por una medida cautelar ilícita es, en definitiva, el Estado”<sup>(135)</sup>.

e) Que el embargo se traba en cuaderno aparte, con lo que se evita entorpecer la tramitación de la instrucción. En el cuaderno se inserta copia del petitorio, copia del auto de embargo, del requerimiento para señalar bien libre y demás piezas del proceso, así como todas las resoluciones recaídas en el incidente.

La resolución cautelar se dicta de oficio a pedido del Ministerio Público (ver: artículo 95 inciso 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público)<sup>(136)</sup> o de la parte civil (ver: artículo 58 del Código de Procedimientos Penales), según el primer párrafo del artículo 94 del Código de Procedimientos Penales<sup>(137)</sup>, y que sólo puede ser impugnada una vez que se ejecute (ver: artículo 94 *in fine* del Código de Procedimientos Penales). La apelación es absuelta por la Sala Penal Superior, previa vista fiscal (ver: artículo 91 inciso 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Contra el auto de vista no cabe recurso de nulidad<sup>(138)</sup>.

Atento a su carácter provisional y a la regla del *rebus sic stantibus*, el embargo puede ser variado, ya sea aumentando o disminuyendo su monto, comprendiendo otros bienes, cambiando los bienes embargados por otros o sustituyéndolos por una caución, así como también puede ser levantado.

Si se traba embargo sobre un bien que no es del imputado, el propietario puede iniciar una acción de tercería en sede civil, sin perjuicio que ante el juez penal, de conformidad con el artículo 624 del Código Procesal Civil solicite la desafectación de la medida, siempre que exista prueba fehaciente al respecto. Cabe agregar que la Corte Superior de Lima en la ejecutoria del 9 de setiembre de 1998 ha considerado procedente en sede penal la institución de la desafectación pero la limitó a

(131) El Peruano, 15 de abril de 1980. Tomado de: CATAORA GONZÁLES, Manuel. *Código de Procedimientos Penales*. Lima: Horizonte, 1998. p. 146.

(132) LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel. Op. cit.; p. 291.

(133) CATAORA GONZÁLES, Manuel. Op. cit.; p. 146.

(134) RIFÁ SOLE, José María y José Francisco VALLS GOMBÁU. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Iurgium, 2000. pp. 177 y 178.

(135) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional*. Op. cit.; p. 440.

(136) Al respecto, señala Hurtado Pozo, que por mandato del artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 65 del Código Penal de 1924 (artículo 92 del Código Penal de 1991) le está también encomendado al Ministerio Público la reparación civil y, por tanto, consecuencia directa de esta atribución es la facultad que se le otorga de asegurar su pago, exigiendo se trabe embargo en los bienes del inculpaado y del tercero civilmente responsable (HURTADO POZO, José. *El Ministerio Público*. Lima: Eddili, 1981. p. 221).

(137) Queda claro, según ha sido destacado por la Corte Suprema, que el agraviado para constituirse en parte civil, debe haberlo solicitado por escrito, y el Juez debe aceptarlo por una resolución expresa, de conformidad con los artículos 54 y 55 del Código de Procedimientos Penales (ejecutoria suprema 17 de agosto de 1964. En: *Revista Anales Judiciales*, 1964. p. 256). La constitución en parte civil sólo puede hacerse durante la instrucción y hasta antes de la iniciación del juicio oral (Ejecutoria suprema del 28 de setiembre de 1965. En: RONCALLA VALDIVIA, Lino. Op. cit.; pp. 73-75).

(138) *Revista de los Tribunales*. Lima, 1932. pp. 8 y 145.

la presentación de título de propiedad registrado o de documento fehaciente<sup>(139)</sup>.

El embargo se cancela de pleno derecho, a tenor del artículo 102 del Código de Procedimientos Penales de 1940, declarada la irresponsabilidad del imputado; también, según la doctrina elaborada por Supremo Tribunal, se cancelará cuando se declara la extinción por prescripción de la acción penal<sup>(140)</sup>. Es importante destacar que el artículo 631 del Código Procesal Civil ha introducido una saludable corrección: las medidas cautelares trabadas -entre ellas, el embargo- quedan canceladas de pleno derecho cuando se dicte sentencia que desestime la demanda, aún cuando hayan sido impugnadas; en el procedimiento penal, ello se producirá no sólo en los casos de sentencia absolutoria, sino también en todas las modalidades de sobreseimiento.

f) Que el auto que deniega el embargo no constituye cosa juzgada sino medida transitoria que responde al mérito de las pruebas actuadas ese momento. Si estas varían, puede disponerse un embargo, aceptando lo que antes se denegó<sup>(141)</sup>.

El artículo 95 de Código de Procedimientos Penales fue modificado por el artículo 1 de la Ley No. 27652, del 24 de octubre del 2002. Dicha norma, como se sabe, en su texto originario, con clara contradicción al requisito de *inaudita et altera pars*<sup>(142)</sup>, prescribía que la ejecución del auto de embargo quedaba supeditada al previo requerimiento al imputado de señalamiento de bienes libres, y sólo en el caso que aquél no señalaba bienes libres -sin especificar un plazo legal para ello- se trababa en los bienes que se sepa son de su propiedad.

La nueva norma señala lo siguiente: “(s)in perjuicio de las medidas precautelares de embargo y/o incautación dictadas y tramitadas de oficio por el Juzgado, se requerirá al inculcado con domicilio conocido que señale bienes libres susceptibles de ser embargados. De no precisarlos dentro de las veinticuatro horas, continuarán o se afectará los que se sepa son de su propiedad. Los autos de embargo y/o incautación de bienes, son notificados verificada que sea la medida”.

Esta norma nos merece los siguientes comentarios puntuales:

a) El legislador rotula el embargo, al que incorpora la incautación, como una medida “precautelar”. Tal denominación, sin embargo, es incorrecta, puesto que

los embargos a que hace referencia el Título II del Libro II del Código, son los que se dictan propiamente en la denominada “fase procesal”, es decir, una vez que se ha dictado auto de apertura de instrucción. Las denominadas medidas cautelares “preprocesales”, esto es, las solicitadas y dictadas *ante causam*, o sea con anterioridad al inicio del proceso -de ahí la denominación de “precautelar”-, han sido previstas en normas procesales complementarias al Código de Procedimientos Penales y para supuestos determinados, como es el caso de las estatuidas en la legislación represora del tráfico de drogas (Decreto Ley No. 22095, artículo 73, del 2 de marzo de 1978; Decreto Supremo No. 39-94-JUS, del 23 de julio de 1994); y en la Ley No. 27379, del 21 de diciembre del 2000.

b) La nueva norma ratifica la orientación histórica del Código en el sentido que la regla del embargo en sede penal es el principio de oficialidad y no el principio de rogación o dispositivo. A su vez, modificando la estructura de la norma originaria, instaura dos procedimientos de adopción del embargo preventivo, en función a quién inicia el trámite correspondiente: (i) el procedimiento de oficio; y, (ii) el procedimiento rogado.

- El procedimiento de oficio importa que el juez penal, directamente, sin excitación o solicitud cautelar de parte (fiscal o parte civil, ex artículo 94 del Código de Procedimientos Penales) no sólo dicta la medida cautelar que considere pertinente, esto es, adecuada y proporcionada a las necesidades de aseguramiento de la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que en el futuro pudiese recaer, sino que la ejecuta procurando su inmediato cumplimiento para lo cual ha de emplear los medios que fueran necesarios. Esto último viene a significar que el auto de embargo no sólo debe indicar una suma que defina su alcance pecuniario, sino que debe identificar el bien sobre el que recaerá la medida y precisar la forma del embargo. Se expide, por tanto, un solo auto, en tanto -claro está- conozca el bien objeto de la medida y pueda identificar la forma de aquélla.

- El procedimiento rogado o dispositivo presupone una solicitud cautelar de parte (fiscal o parte civil, ex artículo 94 del Código de Procedimientos Penales), mediante la cual se debe señalar expresamente la clase de medida que para el supuesto concreto deba acordarse; y, exige una resolución cautelar o de rechazo *a limine*

(139) BACA CABRERA. Denyse y otros. Op. cit.: p. 705.

(140) Ejecutoria suprema de 14 de mayo de 1929; En: *Revista Anales Judiciales*. 1920. p. 49.

(141) GARCÍA RADA, Domingo. Op. cit.; p. 149.

(142) Puntualiza, al respecto, Lino Enrique Palacio, que una de las características de las medidas cautelares es que deben disponerse *inaudita pars*, es decir, sin la participación de la parte a quien afecta, pues de lo contrario podría frustrarse su finalidad (PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 779).

de la solicitud. Además, en el primer caso, la resolución cautelar debe requerir al imputado que señale bienes libres susceptibles de ser embargados, emplazamiento previo que sólo procederá en caso el inculpado tenga domicilio conocido. El requerimiento está sujeto a un plazo de veinticuatro horas, que a su vencimiento permitirá la ejecución del embargo en los bienes que se sepa son de propiedad del imputado.

Ahora bien, el requerimiento de señalamiento de bienes libres no está excluido tratándose del procedimiento de oficio. Trabada la medida, en caso se haya identificado bienes susceptibles de embargo, se instará al reo a que los declare. Si no lo hace, concluye el procedimiento de emisión y ejecución de la medida cautelar. En cambio, si lo hace, el juzgado decidirá mediante resolución motivada si la medida ejecutada debe continuar o, en todo caso, si debe reordenarse en función a los bienes especificados por el imputado, haciendo las rectificaciones que fuere menester<sup>(143)</sup>.

c) Los autos de embargo son notificados verificada que sea la medida. Ello, como se sabe, es una consecuencia del principio *inaudita et altera pars*, que implica que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin audiencia de la otra parte, pues se trata de sorprender al cautelado a fin de evitar que pueda eludir su ejecución. Esta situación origina, como apunta Leguisamón, que las actuaciones se tramiten no sólo por cuaderno separado sino que permanezcan reservadas, es decir, imposibilitando el conocimiento de sus constancias y hasta de su existencia, hasta tanto sean cumplida la medida. De todas maneras, insiste el mencionado autor, aunque se enterara el cautelado no puede impedir el efectivo cumplimiento de la providencia<sup>(144)</sup>.

d) El nuevo texto del artículo 95 del Código de Procedimientos Penales, como se ha indicado, también menciona otra medida cautelar real: la incautación. Tal referencia, sin duda, está fuera de contexto y no toma en cuenta las diferencias existentes entre asegurar bienes de propiedad del imputado o del tercero civil a los efectos de la reparación civil (objeto civil del proceso

penal) y ocupar o aprehender bienes delictivos (que integra el objeto propiamente penal del proceso penal).

En esa perspectiva, por tratarse de una medida limitativa de carácter patrimonial destinada a asegurar la efectividad de la consecuencia accesoria de decomiso, comparte los requisitos básicos de toda medida: intervención indiciaria y proporcionalidad. Empero, por el objeto material sobre el que recae: *instrumenta sceleris y producta sceleris*, no cabe el señalamiento de bienes libres, en tanto la incautación incide sobre bienes delictivos previamente identificados. Éste es el motivo por el que no es de recibo su reemplazo por otros bienes “no contaminados”, por lo que el nuevo trámite que prevé la norma resulta inaplicable para esta institución.

Es obvio, en función al interés público de la incautación, que ésta se dicta de oficio. Además, se trata de una medida que para acordarla no está sujeta, de modo absoluto, a la garantía o principio de jurisdiccionalidad previa<sup>(145)</sup>, pues la propia ley autoriza a la policía a llevarla a cabo (ex artículo 59 del Código de Procedimientos Penales), lo que no obsta por cierto a que una vez trabada se exija la orden judicial confirmatoria.

Si es aplicable, por cierto, el último párrafo del artículo 95 del Código de Procedimientos Penales: la resolución cautelar o, en su caso, el acto policial de aprehensión patrimonial se notifica verificada que sea la medida limitativa.

### 6.3 Anotación preventiva de la denuncia formalizada del fiscal.

El embargo, empero, no es la única medida cautelar que puede adoptarse para garantizar la reparación civil que habrá de imponerse en la sentencia penal. Es absolutamente razonable, en determinados delitos, que la acción restitutoria exija la declaración de nulidad de contratos de transferencia de bienes, especialmente inmuebles, así como de acuerdos societarios delictivos. En efecto, se trata, como apunta Gutiérrez Zarza, de exigir en el proceso penal una responsabilidad

(143) Esto último guarda relación con una característica esencial de toda medida cautelar: la provisionalidad. Ella significa, en palabras de Pedráz Penalva, que la medida cautelar ha de durar en tanto en cuanto subsistan las circunstancias que concurrieron para su acuerdo; caso contrario habrá de alzarse o eventualmente modificarse para ser adaptada a la nueva situación jurídica material y procesal (*La tutela cautelar en la ley de Enjuiciamiento Civil*. En: VALLS GOMBÁU, José (director). *Las medidas cautelares y los recursos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, X-2000 CGPJ, 2000, p. 72). La información que proporciona el sujeto pasivo de la medida, en tanto sea contrastable, permitirá modificar la medida respecto a los bienes afectados.

(144) LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 2001. pp. 933 y 934.

(145) Este principio tiene su base, según José María Asencio Mellado, en la exclusividad jurisdiccional en cuya virtud los jueces han de poseer la primera palabra (ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 127). Una limitación a este principio está justificado en función a la nota de urgencia o peligro por la demora en su inmediata ejecución, pero ello en modo alguno excluye el inmediato y ulterior control jurisdiccional, para confirmar o alzar dicha medida.

especialmente contemplada en el Código Penal, que en rigor constituye un presupuesto ineludible en ocasiones para proceder a la restitución de estado de cosas existentes antes del hecho delictivo<sup>(146)</sup>; lo cual es propio en los delitos concursales, en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública y de estafa<sup>(147)</sup>.

El juez, en todo caso, podrá declarar la nulidad siempre que el fiscal o el actor civil soliciten expresamente tal pretensión -que es consecuencia del principio dispositivo que inspira el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal- y que todos los que pudieren resultar afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa<sup>(148)</sup>.

Cabe insistir que la **acción restitutoria** procura el restablecimiento del estado anterior al hecho ilícito. En consecuencia, como enseña Vélez Mariconde, dicha acción podrá referirse a un derecho (por ejemplo, de uso o de servidumbre), o con ello podrá demandarse la recuperación de un estado jurídico que el delito atacó o puso en peligro (como, verbigracia, la nulidad de un documento falso, o la reposición de términos removidos, o la supresión de escritos injuriosos o de anotaciones falsas en un registro, etcétera)<sup>(149)</sup>.

La anotación preventiva, como es obvio, requiere una expresa resolución cautelar y no ser derivada automáticamente del propio auto de apertura de instrucción. El auto cautelar debe apreciar especialmente los indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación<sup>(150)</sup>.

En estos casos la pregunta estaría dada si, concretamente, cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 673 del Código Procesal Civil, es decir, la anotación de la denuncia formalizada del fiscal en los Registros Públicos, cuando se está ante derechos inscritos que pueden ser afectados por la acción restitutoria. Es cierto que el Código de Procedimientos Penales no tiene norma de remisión alguna al respecto, pero es del caso tener presente, en primer lugar, el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, que según el artículo de la Ley Orgánica

del Poder Judicial debe ser plena; en segundo lugar, el artículo III, párrafo segundo, del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece que en caso de vacío o defecto de las disposiciones procesales, se debe recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso; y, en tercer lugar, la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil, que estatuye que las disposiciones de dicho código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

Una tutela plena de los derechos e intereses legítimos en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, garantizada constitucionalmente, sólo será posible si se puede acudir a medidas idóneas y adecuadas para conseguir el aseguramiento anticipado de la misma, tanto más si el Código Procesal Civil prevé tales medidas y lo que se pretende asegurar es una pretensión civil, por lo que la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil es desde todo punto de vista aplicable a este caso.

La restitución de un bien o derecho susceptible de reflejo registral absolutamente posible a tenor de lo expuesto líneas arriba, constituye una situación jurídica cautelable a través de la anotación registral en referencia. El presupuesto de tal situación es que la pretensión cautelar debe referirse o afectar a un derecho registrado, cuya inexistencia la torna innecesaria<sup>(151)</sup>. Esta medida cautelar, si bien no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, otorga prevalencia a quien la ha obtenido (artículo 673, *in fine*, Código Procesal Civil). En puridad, como afirma Moreno Catena, lo que se trata es de tener un medio que permita enervar la fe pública registral para el caso de que si un tercero de buena fe adquiere el bien del imputado, no esté amparado por ella<sup>(152)</sup>. Su operatividad se da en aquellos casos en que la conducta delictiva, por sí misma o como medio para perpetrarla, haya implicado la realización de algún acto o negocio con trascendencia registral sobre bienes, cuya declaración de nulidad, con la consiguiente restitución de la situación jurídica al momento anterior a la comisión del hecho punible, ha de erigirse en el

(146) GUTIERREZ ZARZA. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*. Madrid: Colex, 2000. pp. 186-188.

(147) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código Penal de 1995*. En: *Empresa y Derecho Penal I*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1998. p. 138; GARBERI LLOBREGAT, José. Op. cit.: p. 514.

(148) GUTIERREZ ZARZA, Ángeles. Op. cit.: p. 193.

(149) VELEZ MARICONDE. Op. cit.: Tomo III. p. 45

(150) CALDERON y CHOCLÁN. Op. cit.: pp. 303 y 304.

(151) ORTELLS RAMOS, Manuel y otros. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 665.

(152) MORENO CATENA, Víctor y otros: *El proceso penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 1811.

exacto alcance que deba darse en tales supuestos a los pronunciamientos judiciales sobre la responsabilidad civil enjuiciada en el proceso penal<sup>(153)</sup>.

La medida, en este caso, tiene una naturaleza conservativa, pues busca mantener la integridad de un bien o patrimonio que pasó o está en poder del imputado en virtud de una conducta delictiva que se le imputa, con el objeto de que sea restituido a la víctima.

#### 6.4 Orden de inhibición de bienes inscribibles.

El artículo 2 inciso 4 de la Ley No. 27379 permite otra medida cautelar real, paralela al embargo, que es la orden de inhibición de bienes. Es una medida cautelar, anota Cafferata Nores, que impide al afectado la libre disposición de sus bienes, cuando sea necesario asegurar el efectivo cumplimiento de las consecuencias económicas que presumiblemente impondrá la sentencia<sup>(154)</sup>.

Esta medida, apunta Clariá Olmedo, en primer lugar, funciona como un sustitutivo del embargo y adquiere procesalmente su misma naturaleza, pero se diferencia en que se proyecta a bienes futuros, que no se los conoce; en segundo lugar, si el imputado y el tercero civil carecen de bienes para cubrir la reparación

civil pueden ser objeto de esta orden cautelar, que es “una especie de interdicción general o especial de los bienes del deudor en la ejecución, y desde un punto de vista preventivo, de los bienes de quien pueda resultar pecuniariamente responsable como consecuencia de la sentencia firme”; y, en tercer lugar, se limita a los bienes inscribibles<sup>(155)</sup>.

La orden de inhibición de bienes, en principio, es de carácter temporal y está prevista para los supuestos excepcionales de investigación preliminar de los delitos especialmente graves. Se trata de ilícitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales que se prevalecen del poder público; de delitos de peligro común, contra la administración pública, agravados, aduaneros y tributarios, siempre que se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integra una organización criminal; y, de delitos de terrorismo, tráfico de drogas, terrorismo especial, contra la humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional (ver: artículo 1, Ley No. 27379). Por otro lado, el artículo 7 de dicha ley permite que estas medidas se realicen en el curso del proceso penal, en cuyo caso serán dirigidas y controladas por el juez. 卟

(153) GARBERI LLOBREGAT, José. Op. cit.; p. 513.

(154) CAFFERATA NORES, José I. *Medidas de coerción en el proceso penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1983, p. 134.

(155) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo V. Buenos Aires: Ediar, 1963, pp. 393 y 394.