

JOSÉ LUIS CHIRINOS ÑASCO

MEDIDAS CAUTELARES

*en el* CÓDIGO  
PROCESAL PENAL



**IDEMSA**

Lima - Perú

## CAPÍTULO IV

### MEDIDAS CAUTERALES DE COERCIÓN REAL

#### 4.1. GENERALIDADES

Bien hasta ahora hemos visto, las medidas de coerción contra las personas – sujetos activos en el proceso de investigación – cuyo fin es asegurar la presencia de estas en el desarrollo del juicio y una eventual sentencia contra estas -; sin embargo, nuestra normativa penal también prevé medidas de coerción que también sean dirigidas contra los bienes de los investigados, estas reciben el nombre de medidas de coerción reales; como enseña RAMOS MENDEZ, el objeto civil del proceso penal exige no desatender las necesidades de tutela que surjan en relación con este,<sup>(290)</sup> por ello que los actos de autoridad plasmados a través de una resolución jurisdiccional y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal

Para el tratadista SAN MARTÍN CASTRO<sup>(291)</sup> nos dice que “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 de-

(290) RAMOS MENDEZ, F., *El Proceso Penal. Sexta Lectura Constitucional*, citado, página 203.

(291) SAN MARTÍN CASTRO, César. “La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito *ius et veritas*”, año XII, N° 25, noviembre 2002, *Revista Editada por los Alumnos de la PUCB Lima*, 2002, página. 312.

clarar en la sentencia condenatoria", en el mismo sentido, CLARÍA OLMEDO<sup>(292)</sup> precisa que "la coerción es real cuando un conjunto de medidas que la integran recaen en definitiva sobre objetos materiales y no sobre las personas, aunque en alguna medida pueden afectar a estas o servir de medio para la coerción Personal. Afectan elementos probatorios distintos de la persona misma, o bienes del imputado o de terceros, Para asegurar la prueba material o la responsabilidad pecuniaria ante la eventualidad de una condena.

Las medidas de coerción de carácter real son aquellas que inciden sobre el patrimonio del imputado con el objetivo, de impedir –durante el desarrollo del proceso–, determinadas acciones que se estimen perjudiciales en relación a la efectividad de las consecuencias jurídicas - económicas del delito, de la sentencia (función cautelar), como a la eficacia del proceso (función aseguradora de la prueba y tuitiva).<sup>(293)</sup>

El objeto de aseguramiento de una medida de coerción real son los bienes económicamente realizables pertenecientes al imputado o al tercero civil responsable a efectos de asegurar la posible responsabilidad civil por las consecuencias jurídicas del delito cometido, pero también para asegurar el pago de las costas procesales, la multa así como el de cualquiera otra responsabilidad pecuniaria derivada del delito.

GALVEZ VILLEGAS<sup>(294)</sup> nos indica Desde el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, así como el colombiano, chileno y el peruano permiten con fuente sucedánea al ordenamiento adjetivo civil, esto es en el Código Procesal Civil en su artículo 611° precisa que para el dictado de una medida cautelar debe contarse con prueba anexa, con verosimilitud en el derecho invocado y peligro en la demora o cualquier otra razón justificable, por consiguiente si pretendíamos asimilar en el ámbito procesal penal; se puede decir, que para el dictado de una medida cautelar penal debe en primer lugar existir *fumus boni iuris* o apariencia en el derecho. Así mismo, que según el Código Procesal Civil, para el dictado de una medida cautelar, se encuentra entre lo probable y la certeza; la verosimilitud no tiene nada que ver con los elementos de convicción, pero obviamente es una alegación, más consiente, coherente y creíble

(292) CLARÍA OLMEDO, Jorge A. Derecho Procesal Penal. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, página. 385.

(293) SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal. Volumen II, Grijley, segunda edición, Lima, 2003, p. 1177.

(294) GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino "Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal" Juristas Editores, Lima, 2009, página 192.

que un estadio de probabilidad, pero inferior a la certeza. Por eso Taruffo, siguiendo a Calamandrei dice: "(...) la verosimilitud afecta a la alegación del hecho y no a la prueba de este. Con ello se elimina cualquier alusión a la verosimilitud como prueba débil del hecho: el juicio de verosimilitud como prescindiente completamente de tomar en consideración los (eventuales) elementos si ya están fuertes o débiles, y pretende establecer únicamente si el hecho tal como es afirmado corresponde o no algún criterio de la normalidad".

El órgano jurisdiccional competente, a la hora de acordar medidas cautelares contra una persona (responsable criminal o tercero civilmente responsable), no sólo deberá tener presente la concurrencia de los presupuestos necesarios para ello (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), sino que una vez efectuada dicha constatación deberá; seguidamente, cerciorarse de que la clase de medida que adopte y la intensidad de esta están justificadas. Como señala GIMENO esta necesidad de justificación del acto instructorio adquiere relevancia constitucional si incide en el ámbito del libre ejercicio de los derechos fundamentales. En tal supuesto, como es el caso de las medidas cautelares reales en lo que suponen de restricción a la libre disposición de los bienes por su titular, se hace obligado cumplir con el principio de proporcionalidad de la medida restrictiva con el fin perseguido.

Este tipo de medidas son aquellas que tienden a limitar la libertad de disponer un patrimonio con el objeto que la persona satisfaga las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal. No solo se deriva responsabilidad civil (restituir la cosa, indemnización de daños y perjuicios) sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (la pena de multa y las costas procesales fundamentalmente).

#### 4.2. Objetivos de las medidas cautelares reales

En buena cuenta, las medidas de coerción real deben su objeto a fines directos del proceso penal como son:

- a) El objeto de las medidas cautelares es tratar de conservar el derecho en sí mismo y en su identidad o el bien en su individualidad e integridad independientemente de que su pérdida o afectación pueda ser resarcida y con más razón si se advirtiera que, por insuficiencia o debilitamiento patrimonial, el resarcimiento resulta imposible o dudoso.
- b) Evitar la libre disponibilidad de los bienes patrimoniales por parte del imputado o terceros que lo detenten a través de actos de frustración

como son el embargo, la orden de inhibición, el secuestro, el depósito, la ministración provisional, entre otros, salvaguardando de este modo las posibles consecuencias patrimoniales del delito.

- c) Evitan que se pierda la virtualidad o eficacia de una posible sentencia condenatoria durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.
- d) Son un mecanismo alternativo a la imposición de las medidas de coerción personal, como es el caso de la caución que se encuentra relacionada con la comparecencia con restricciones
- e) En casos como la incautación son un medio para evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos.
- f) Es un mecanismo que permite la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito. Precisamos que los dos últimos supuestos están regulados bajo la institución procesal denominada, medidas anticipadas reguladas por el artículo 312° del Código Procesal Penal.

El aseguramiento cautelar real, que se pretende con la aplicación de esta medida restrictiva de los bienes del investigado, es una respuesta procesal, a fin de asegurar, 1.- La reparación civil, 2.- Al pago de la multa; es consecuencia es pertinente proceder a analizar cada una de ellas:

#### 4.3. La reparación civil

Todo delito acarrea como consecuencia no solo la imposición de una pena, sino, también da lugar al surgimiento de responsabilidad civil por parte del autor, de tal modo que, en aquellos casos en los que la conducta del agente produce daños, corresponde fijar junto a la pena el monto de la reparación civil con arreglo de conformidad a lo establecido por el artículo 92° del Código Penal; es decir, en atención a la magnitud del daño irrogado, el cual comprende el daño económico, moral y personal comprendiendo inclusive el lucro cesante. La reparación civil no procede elevarla o reducirla por la gravedad del delito o la capacidad económica del agente.

De conformidad con el Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 la reparación civil<sup>(295)</sup>, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal,

(295) Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116 de la Sala Penal Permanente y Transitoria, publicada el 29 de diciembre de 2006.

está regulado en el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto a su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina en la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por el ilícito penal, el cual no puede identificarse con 'ofensa penal' - lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. Desde esa perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto **1.- daños patrimoniales**, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radica en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento del patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir – menoscabo patrimonial – **2.- Daño no patrimoniales**, circunstancia a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – no patrimoniales – tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas, se afectan bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno.

Tratar conjuntamente la acción penal y la acción civil, tiene su fundamento en la unidad de la jurisdicción, nos afilia, a diferencia de otros modelos como el inglés- denominado de "separación" – al sistema de "adhesión obligatoria", o sea a la unión forzada del juicio sobre la acción civil con el juicio sobre la acción penal, al respecto ALONSO ROMERO nos indica que su origen en la partidas y que contemporáneamente es tributario de los modelos austríaco y portugués<sup>(296)</sup> BUSTOS RAMIREZ indica que se quita los inconvenientes de procesos separados, que van en cierto modo en contra de la obligación del Estado de presentar protección completa a los bienes jurídicos más importantes y al mismo tiempo proteger a la víctima.<sup>(297)</sup> La reparación civil es

---

(296) Citado por ARANGÜENA FANEO: "Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español" página 230.

(297) BUSTOS RAMIREZ, Juan "Manual de derecho penal" Parte general, Ariel, Barcelona, 1989, página 417.

aquella consecuencia jurídica que se impone –conjuntamente con la pena– a la persona que, en calidad de autor o partícipe, cometió un delito<sup>(298)</sup>.

En el marco del proceso penal se refutan las acciones civiles y penales como consecuencia de un accionar jurídicamente reprochable en el cual es Estado tiene el deber de perseguir y sancionar, siendo esto así, de conformidad con el principio de economía procesal es pertinente que ambas acciones se fundan en una sola, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el sistema judicial y de ahí que los fines del proceso sea la efectiva sanción al culpable y de la reparación económica a la víctima, esta víctima como titular de los bienes jurídicos soslayados es quien demanda ante la justicia penal para que el Estado ejerza el *ius pudendi* que está investido.

La necesidad de arbitrar medidas que proporcionen una tutela judicial efectiva y que aseguren la total efectividad de pronunciamiento judicial que en definitiva se adopte, también se fundamenta que puedan asegurarse las consecuencias civiles de una eventual sentencia de condena ya anticipadamente en la fase de instrucción del procedimiento.<sup>(299)</sup>

En el caso de las medidas de coerción real, la facultad de pretender se imponga medida de coerción recae sobre el actor civil, conforme indica el artículo 104° del Código Procesal Penal cuando señala que puede “(...) en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho. Lo acotado significa que el actor civil está facultado para solicitar se salvaguarde su derecho a una reparación civil, a través de la imposición de una medida de coerción real, como el embargo, la ministración provisional, desalojo preventivo, medidas anticipadas, medidas preventivas contra las personas jurídicas y pensión anticipada de alimentos, entre otras.

En palabras de CÁCERES JULCA<sup>(300)</sup> el derecho a cautelar las consecuencias económicas generadas por el delito, puede ser compartida por más de una persona que tenga la calidad de actor civil, estos casos se dan cuando se trata por ejemplo de delitos contra la Administración Pública, en los que la calidad de actor civil es compartida tanto por el Procurador de la Institución

(298) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación”. En: Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coord.). *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal*. Lima: ARA Editores, 2003, página 303.

(299) A. CALDERON/ J.A. CHOCLAN *Derecho Procesal Penal*, p. 287.

(300) CÁCERES JULCA, Roberto “Las medidas cautelares en el Proceso Penal” Lima 2014, página 431.

afectada o el Procurador especializado en delitos de corrupción de funcionarios, el primero en su condición de representante del sujeto pasivo de la acción, que es la persona física o jurídica que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo.

Se trata de la persona física o jurídica a quien se le perjudica económicamente en su esfera patrimonial como producto del delito; el segundo en su calidad de sujeto pasivo del delito, que es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. (El ofendido) El sujeto pasivo no es objeto de afectación patrimonial, su participación en el proceso es producto de detentar de forma única o compartida la titularidad del bien jurídico. Ambos pueden solicitar que sea objeto de medida de coerción real conceptos como la multa, las costas procesales y otros gastos ocasionados durante el proceso.

La adopción en concreto de la medida de coerción real a aplicar debe ser aquella necesaria para asegurar de la mejor manera posible la efectividad en la inmovilización del patrimonio destinado al pago de la posible reparación civil; es decir, debe proponerse como medida de coerción real aquella capaz de neutralizar los diversos peligros que podrían amenazar la ejecutabilidad de la sentencia, consecuentemente se salvaguarda las finalidades del proceso.

## **EL ACTOR CIVIL**

Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial o íntima los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir del ilícito penal; el artículo 98° del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: "actor civil".

De conformidad con el artículo 100° del Código Procesal Penal, establece los requisitos para constituirse en actor civil; tal es así que se requiere una solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria, la cual debe contener

- a) Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal;
- b) La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder;
- c) El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y,
- d) La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98.

De conformidad con el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116 nos indica que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202°.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8° es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

#### 4.4. El pago de la multa

La multa es una pena de carácter pecuniario o patrimonial considerando el patrimonio del condenado y como tal para su ejecución se pueden aplicar las medidas cautelares reales que establece el ordenamiento jurídico, al respecto, el artículo 41° del Código Penal nos indica "La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días – multa. El importe de día – multa equivale al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo su patrimonio, rentas remuneraciones, nivel de gastos y demás signos exteriores de riqueza".

La multa es una pena cuya naturaleza jurídica es la de ser una pena principal, a la que le son aplicables todas las características que se tienen en una pena y cuya orientación es la prevención general positiva; sin embargo, conforme lo manifiesta PEREZ ARROYO<sup>(301)</sup> que la introducción de penas alternativas, conjuntas o sustitutorias, en tanto pueden ser fijada sola o conjuntamente con alguna que implique limitación de derechos o suspensión del fallo conde-

(301) PEREZ ARROYO, Miguel "Las consecuencias jurídicas del delito en el derecho penal peruano", en Derecho y sociedad, N° 11, Lima, 1996, página 238.

natorio, como medida alternativa a la pena privativa de la libertad. El sistema de días multa persigue permitir una mejor individualización de la pena de multa, tomando en cuenta tanto el delito como la culpabilidad del autor, así como la situación económica de este; que, así mismo, cada delito establece el marco penal en el que va a poder ser impuesta (límite máximo y mínimo).

Al momento de imponerse la pena de multa, no solo deben indicarse los días multa a pagarse y el porcentaje correspondiente, sino la conversión líquida a cancelar a favor del tesoro público, el plazo perentorio para ello y el apercibimiento de conversión en caso de incumplimiento; la multa debe ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias el juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales, el cobro de la multa se podrá efectuar mediante el descuento de las remuneraciones del condenado, dicho descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y de su familia, por cuanto se vería seriamente afectado en sus necesidades básicas como la alimentación; en tal sentido, el juez bajo el criterio de conciencia debe establecer el *quantum* económico – dentro del margen de lo establecido en la norma sustantiva penal – y el plazo de pago correspondiente, por ello deberá atender: a.- Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente o el abuso de su cargo, posesión económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad; b.- Su cultura y sus costumbres y c.- Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, todo ello entre en un proceso de ponderación jurídica que el juzgador plasmará en la sentencia.

#### 4.5. Consecuencias accesorias

Los instrumentos con los cuales se han ejecutado el delito, son materia de decomiso aun cuando pertenezcan a terceros, no correspondiendo su entrega, asimismo tienen los mismos efectos las ganancias que han generado sin importar la transformación que hubiesen sufrido, trasladándolo a la esfera de dominio del Estado.

El tratadista SAN MARTÍN CASTRO<sup>(302)</sup> nos indica que los beneficios o las ganancias (*productos mediatos*) también integran los efectos del delito (*producto scaeleris*), pues concreta la actividad delictiva – en puridad los

(302) SAN MARTÍN CASTRO, Cesar "Derecho procesal penal" Volumen II, Grijley, Lima, 2001, página 864.

beneficios de esta – que mediante el comiso pretende ponerse coto. El decomiso, en este caso, es una reacción frente al enriquecimiento injusto. Si el bien el Código Penal no precisa los alcances del “efecto del delito”, resulta interesante destacar lo dispuesto en el artículo 104° cuando, en el caso de la personas jurídicas, señala la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia cometido por sus funcionarios o dependientes. Esta referencia normativa permite colegir fundadamente que “las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiera podido experimentar” deben ser decomisadas, medida que incluye, desde luego, al producto inmediato de la actividad criminal (v. gr.: el billete falsificado en el delito monetario, las drogas en el delito de tráfico ilícito de drogas) y que se extiende tanto a las ganancias obtenidas por el propio imputado, cuando - en el caso de personas jurídicas – a los beneficios obtenidos por la actividad delictiva de sus funcionarios o dependientes, en tanto el delito se cometió en el ejercicio de la actividad social.

El fundamento del decomiso, conforme lo indica GRACIA MARTÍN<sup>(303)</sup> a.- En el decomiso de las ganancias, se encuentra en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita b.- En el decomiso de los instrumentos y efectos delictivos, se encuentran en peligrosidad objetiva de la cosa cuando está a disposición de determinadas personas: aseguramiento de la colectividad frente al peligro de que tales cosas sean utilizadas para la comisión de delitos.

No debe confundirse la responsabilidad civil por el daño causado por el delito de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas. Partiendo de que en la tradición de las legislaciones de nuestro entorno cultural rige el principio *societas delinquere non potest*, los legisladores han diseñado una serie de consecuencias accesorias contra las propias personas jurídicas: el comiso de los beneficios ilegales obtenidos y una serie de medidas aplicables para impedirle que siga delinquiendo. La distinción es conveniente, pues mientras la reparación civil tiene una finalidad resarcitoria, las consecuencias accesorias poseen finalidades preventivos especiales en relación a la propia persona jurídica.

El artículo 129.3 Código Penal Español indica: “Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la con-

---

(303) GRACIA MARTÍN, LUIS y MAGUELONE ZODER, Isabel: Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal” Tirant lo blanc, Valencia, 1996, página 447.

tinuidad en la actividad delictiva y los efectos de esta". Por consiguiente, pueden convivir ambas consecuencias jurídicas en una misma condena: el pago de la reparación civil y las consecuencias accesorias. Pero sí convenga analizar un elemento que suele salir a la luz cuando se imponen este tipo de consecuencias accesorias, se exige el pago de la reparación civil o el de la multa: la persona jurídica es un ente autónomo de sus órganos por lo que no debe ser afectada materialmente por los delitos cometidos por éstos, dado que se afecta a los socios que no cometieron el delito, a los trabajadores, a los acreedores, y/o a terceros inocentes.

La doctrina la califica mayoritariamente como pena, toda vez que el comiso de las ganancias derivadas del delito se asemeja a la pena, en tanto se trata de una restricción de derechos, decretada por un juez penal, por la comisión de delito. No ha de olvidarse que el comiso se convierte en una pieza clave de prevención de la criminalidad económica y la criminalidad organizada, e incluso se postula la posibilidad de que la carga de la prueba corra a cargo del imputado, de que sus bienes no están vinculados al delito cometido.

#### 4.6. Presupuestos

4.6.1. *El fumus boni iuri*, este elemento por regla general se encuentra configurado por la existencia de presunciones fundadas de participación y, excepcionalmente, por la existencia en contra del inculpado de fundadas sospechas de participación en un hecho que presente caracteres de delito.

En este punto no debemos olvidar que la acción civil que nace del daño ocasionado por el delito y que se hace valer en sede penal, no deja de ser una acción civil stricto sensu. Ella no pierde su carácter eventual y de protección de un interés esencialmente privado, para ello se establece que el agraviado puede constituirse en actor civil, mediante una solicitud al juez de la investigación preparatoria dentro del plazo de investigación.

En el caso del derecho español, el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecr) dispone que «cuando en el sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mis-

mo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades sino prestare fianza». En este sentido, Arangüena nos indica que «vemos que el “fumus boni iuris” que justifica la adopción de una medida de este tipo se identifica con la expresión “indicios de criminalidad” que se emplea en el art. 589 Locr»<sup>(304)</sup>. Cortés, aún cuando no reconoce carácter cautelar a estas medidas y prefiere denominarlas medidas de seguridad, observa en relación con los presupuestos para adoptar estas medidas que «tienen que existir indicios racionales de criminalidad contra una determinada persona. Requisito éste que viene a ser en el proceso penal lo que en el proceso cautelar civil es el requisito de la apariencia de derecho»<sup>(305)</sup>.

En el caso de la legislación chilena, en cambio, el art. 157 nos señala que en los casos en que se solicite una o más de las medidas precautorias, debemos acreditar el fumus propio de las medidas prejudiciales precautorias según la regulación que se contempla el requisito que debe vincularse con el elemento característico de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, con el daño producido en la víctima; de allí que el solicitante debe señalar que la pretensión que oportunamente deducirá es la de indemnización de daños y perjuicios; que prima facie el delito es de aquellos que generan precisamente una obligación de indemnizar daños; y que los hechos que fundamentan su pretensión civil son los mismos que han generado el respectivo proceso penal, asimismo se debe acreditar los requisitos generales que se exigen para conceder una medida precautoria, esto es, acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho reclamado. Lo anterior debido a que tratándose de las medidas prejudiciales precautorias (que no otra cosa son las medidas cautelares reales en esta etapa procesal) la doctrina y jurisprudencia nacional son contestes en exigir dicho elemento.

**4.6.2. El *periculum in mora***, en el proceso civil éste se configura por el peligro de que durante la tramitación del procedimiento se verifique un evento que limite o restrinja el patrimonio del demandado, en términos de hacer ilusoria la ejecución de la posible sentencia que en su día se dicte (peligro de infructuosidad). Esta configuración doctrinal también

(304) Teoría general..., op. cit., pág. 26; en el mismo sentido vid. Ortells, El embargo preventivo, 2° ed., Granada, 1998, pág. 58.

(305) Derecho Procesal Penal, con Gimeno y Moreno Catena, 3° ed., Madrid, 1999, pág. 552.

ha sido recogida en el área penal al exigir la medida coercitiva real, se debe tener fundadas sospechas de participación (*fumus*), casos graves y urgentes, o que sea de temer que el inculpado o el responsable civil oculten sus bienes o se desprendan de ellos, o que la persona a la cual se deba aplicar la medida no sea de conocida solvencia. Son todas situaciones, como vemos, que muestran un especial peligro de que no pueda realizarse en términos efectivos la responsabilidad del sujeto demandado.

El *periculum* de las cautelares reales se encuentra configurado por la existencia de motivos graves y calificados, esto es, de situaciones en las cuales puede presumirse que la demora en conceder la medida se traducirá en serios perjuicios para la víctima, de allí la necesidad de que el juez las conceda de inmediato. Son situaciones en las que la conducta del imputado hace presumir que de no adoptarse por el tribunal alguna medida urgente, será muy difícil posteriormente asegurar el cumplimiento de la pretensión que en su momento intente la víctima, por ejemplo, que el imputado intente ocultar sus bienes, disiparlos, venderlos o gravarlos con la finalidad de disminuir el derecho de garantía general que todo acreedor posee de conformidad con la ley.

Es una consagración más del principio de proporcionalidad que debe guiar la conducta del juez cuando se enfrenta a una solicitud de este tipo, evitando, de este modo, que se concedan medidas abusivas que busquen gravar todo el patrimonio del demandado.

## I. EMBARGO

### 1.1. Generalidades

Para HURTADO POMA<sup>(306)</sup> nos dice que el embargo, es una medida cautelar de carácter real, y como tal obedece no a una simple pretensión civil, sino que corresponde en principio a una finalidad concreta, asegurar la tutela judicial efectiva en cuanto al pago de la reparación civil a fijarse no necesariamente en la sentencia, sino que puede ser, cuando se tenga que establecer en pago de la reparación civil en una salida alternativa al proceso como al aplicación del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o una terminación anticipada. El legislador también consigna como fin del embargo el aseguramiento de pago de las costas, el cual por no comprender a los costos, su monto será mínimo e insuficiente y poco atractivo, por ello en la realidad no hemos visto en ejecución de sentencias que se venga liquidando y ejecutando el pago de costas en nuestro medio.

Para SAN MARTÍN CASTRO<sup>(307)</sup> el embargo es la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamientos del juez competente por razón del delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado.

El embargo que es el derecho indemnizatorio del agraviado, que se torna eventual, si se tiene en cuenta que se debe esperar al resultado final del proceso. Se trata entonces de una medida cautelar de naturaleza patrimonial en contra del imputado (y del tercero civil) a fin de garantizar la efectividad de la indemnización de los daños y perjuicios que ocasiona la conducta delictiva. En consecuencia cuando a través del embargo se cautela la pretensión pecuniaria de la víctima, desde el inicio del proceso y en espera que se dicte una sentencia condenatoria que establezca el monto de la reparación civil. Tratándose de una institución procesal fundamentalmente de orden civil, las disposiciones penales deben concordarse necesariamente con aquellas.

Esta medida cautelar la puede solicitar en el decurso de las diligencias preliminares o la formalización de la investigación es para el caso del fiscal; sin embargo, para que lo solicite la parte afectada por el delito, es necesario

(306) HURTADO POMA, Juan, en "Las medidas cautelares en el proceso penal", Gaceta jurídica, Lima, 2013, página 162.

(307) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal Penal.*, vol. II, Grijley. Lima, 2005, página 1182.

que la causa se encuentre formalizada, asimismo es necesario que el agraviado se haya constituido en actor civil – previa audiencia –, entendiéndose que se puede obtener esta condición jurídica solamente, hasta antes de dar por concluida la formalización de la investigación vencido este plazo deviene en extemporáneo el pedido en aplicación del Principio de Preclusión.

El embargo, es una medida cautelar consistente en la afectación de bienes y derechos del imputado o del tercero civil, con la finalidad de asegurar el pago de las obligaciones pecuniarias dispuestas en la sentencia. La afectación puede consistir en la ocupación con desposesión (ocupación real - depósito), en la inscripción del gravamen, en la retención de derechos o créditos, en la intervención de ingresos o rentas de determinados negocios, en la entrega jurídica cuando se trate de documentos representativos de derechos.<sup>(308)</sup>

El embargo puede realizarse durante la investigación preliminar o preparatoria, sea de oficio por el Fiscal o a pedido de la parte agraviada y comprende los bienes libres o derechos embargables al imputado y tercero civil, “a fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas”. En tal sentido, el Fiscal indagará sobre los bienes susceptibles de embargo y hará el pedido formal al Juez de la Investigación Preparatoria, el que, atendiendo a la documentación existente, emitirá pronunciamiento sobre la medida requerida u ordenando la que sea más adecuada, incluso pudiendo resolver sobre la contra cautela ofrecida.

## **1.2. Sujeto pasivo de la medida de embargo**

La responsabilidad civil se encuentra su fuente en el acto ilícito que la normativa penal le denomina delito que no solamente comprende al autor o partícipe, sino, también comprende a otras personas que se les denomina terceros civilmente responsable, para ambos sujetos procesales suficientes indicios razonable de criminalidad y la vinculación del ilícito cometido con el bien que se solicita la afectación.

### **1.2.1. Con respecto al imputado**

El imputado es la persona sobre quien recae toda la potestad persecutoria del Estado; es decir, la relación jurídica procesal que se establece for-

(308) GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino “Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal”, Juristas, Lima, 2009, página 241.

malmente en el proceso penal tiene por principal protagonista al imputado, pues sobre aquel pesa la imputación jurídico-penal, de haber cometido su-puestamente un hecho punible. Imputado es aquel se dirige el procedimiento (a saber, contra el cual se dirige una sospecha y se lleva a cabo el primer acto procesal).<sup>(309)</sup>

El imputado es el sujeto procesal que se encuentra sometido a toda clase de medidas coercitivas ya sean personales o reales, la cuales deben de respetarse los derechos fundamentales básicamente su libertad personal de conformidad con la tendencia de un Estado democrático de derecho en donde se consagra la imposición de principios generales del derecho que son más relevancia jurídica a cualquier norma. Se reconoce al imputado como parte pasiva del proceso penal pues sobre él recae una serie de medidas de injerencia de coerción penal.

ASENCIO MELLADO<sup>(310)</sup> nos indica que al reconocer al imputado como parte pasiva del proceso penal, se concreta en la configuración del imputado como sujeto procesal y por lo tanto, con plena capacidad para ser titular de los derechos y obligaciones procesales y, especialmente, el derecho a la defensa y sus instrumentales, medio necesario para hacer valer el también fundamental a la libertad personal.

El código procesal penal le reconoce taxativamente los siguientes derechos:

- a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;
- b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;
- c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;
- d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

(309) BAUMAN, Jürgen "Derecho Procesal Penal". Traducción de la 3era edición alemana ampliada de 1979 por Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma, Buenos Aires, página 194.

(310) ASENCIO MELLADO, José María "Derecho procesal penal" 2da edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, página 55.

- e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y
- f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

### 1.2.2. Con respecto al tercero civilmente responsable

Para SANCHEZ VELARDE<sup>(311)</sup>, el tercero civil es aquel sujeto procesal que interviene en el proceso por tener alguna relación o vinculación con el imputado del delito y que por dicha consideración coadyuva con el pago de la reparación civil. Es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la comisión del delito interviene en el proceso para responder económicamente a favor del agraviado, a título de garante.

La responsabilidad civil derivada del delito es una obligación de carácter civil, con finalidades distintas a las penales, pues mientras con la responsabilidad penal lo que se busca es la sancionar al agente que ha cometido el delito; sin embargo, en el caso de la responsabilidad civil lo que se pretende es reparar el daño causado a las víctimas del delito, debiéndose entender por reparación como una suma de dinero a favor de la víctima o perjudicado con el hecho punible. Es con esa finalidad que en nuestro ordenamiento jurídico se ha incluido al tercero civilmente responsable la cual incluso puede recaer en una persona jurídica o incluso en el propio Estado. Obviamente no toda actuación de un subordinado que genere daños provocará la responsabilidad civil de la persona jurídica o el Estado, sino que se deben cumplir ciertas condiciones; por ejemplo que se haya cometido dentro del establecimiento y en desempeño de su profesión.

El tercero civilmente responsable es una persona que no ha participado de alguna forma en la realización del evento delictivo, pero, que en razón de estar vinculado legalmente con el imputado –directa o subsidiariamente– le genera una responsabilidad de naturaleza civil, se trata de personas ajenas a la anexa, que ya de acuerdo a la ley civil sustantiva responden patrimonialmente por actos del accionado directo; son los denominados terceros

---

(311) SANCHEZ VELARDE, Pablo "El Nuevo Proceso Penal", Idemsa, Lima, 2009, página 60.

civilmente responsables que vendrían a integrar la relación civil en virtud a una responsabilidad directa.<sup>(312)</sup>

La responsabilidad civil no necesariamente tiene que satisfacerla la persona que cometió el delito, para ello existen los llamados terceros civilmente responsables, que pueden ser los padres, tutores, una persona jurídica y el Estado; pues muchas veces el imputado no tiene los medios económicos suficientes para satisfacer la pretensión pecuniaria de la víctima. Aunque nuestro Código Penal contempla la responsabilidad solidaria<sup>(313)</sup> entre los intervinientes en el delito y el tercero civilmente responsable, existiendo la obligación de satisfacer esta reparación civil dictada en la sentencia a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

Para que se configure la responsabilidad civil de la persona jurídica, se tienen que cumplir los siguientes requisitos: una relación de subordinación, que el subordinado haya ocasionado el daño y que exista una relación de causalidad entre el ejercicio de sus funciones y el daño.

Queda claro que mientras la responsabilidad penal se determina por el delito cometido y la culpabilidad del autor, la responsabilidad civil se determina por el daño causado por el delito. Sin embargo no debe confundirse esa responsabilidad civil con las consecuencias accesorias del delito, aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fue cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o su organización es utilizada para favorecer o encubrir el delito. Pues pueden convivir ambas (responsabilidad civil y consecuencias accesorias) en una misma condena.

Al respecto en el artículo 111° del Código Procesal Penal nos indica "Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil, esta solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100 -102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado".

(312) VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo "La defensa penal", 3era edición, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 1996, página 297.

(313) Artículo 95° del Código Penal "Responsabilidad Solidaria" La responsabilidad civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.

Para que una persona natural o jurídica se constituya en tercero civilmente responsable, debe haber una solicitud Ministerio Público o en su defecto del actor civil – *nótese que esta facultad es para el actor civil, más no para el agraviado* – la cual debe ser dirigida ante el juez de la Investigación preparatoria, escoltada de la documentación correspondiente que acrediten la vinculación entre el imputado con el tercero civilmente responsable, ante lo cual el juez pedirá al ministerio público que informe la constitución de los sujetos procesales, y dentro del tercer día fijará fecha y hora para la realización de la audiencia correspondiente, siendo que el juez resolverá inmediatamente o en su defecto dentro del plazo de dos días luego de celebrada la vista.

Una vez constituida la persona como tercero civilmente responsable, goza de la defensa de todos sus intereses patrimoniales y garantías que la ley le concede al imputado, su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia, el asegurador podrá ser llamado como tercero civilmente responsable, si este ha sido contratado para que responda como tal, precisamente por su labor de “asegurador”.

### **1.2.3. La persona jurídica como responsable civilmente responsable**

La persona jurídica puede ser considerada como tercero civilmente responsables por los daños ocasionados por los delitos cometidos por los subordinados dentro de su establecimiento y en el desempeño de su profesión (ver el artículo 1981 del Código Civil)<sup>(314)</sup>, la persona jurídica está representada por el propio empresario, el titular de la empresa, el presidente del consejo de administración, esto es la aplicación de la teoría de la representación; es decir, la actuación del representante compromete a la persona jurídica. En efecto, ha de partirse que en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, ya sea civil, mercantil o administrativa, siempre estamos ante una responsabilidad vicarial, esto es, un sujeto quien actúa y otro, la persona jurídica, quien responde. Lo determinante es establecer qué conductas, o más propiamente, el comportamiento de qué sujetos compro-

(314) Artículo 1981 del Código Civil “Responsabilidad por daño del subordinado” Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

mete en su responsabilidad a la persona jurídica. Este es un tema, que ha servido de fundamento para sostener que no es admisible la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque ésta es de carácter personal, por consiguiente no hay identidad entre el sujeto que actúa y el que responde.

Con respecto a las personas natural que no posean un reconocimiento jurídico para representar a la persona jurídica, actúan materialmente comprometiéndola y actuando en su beneficio. Es lo que en doctrina se denomina el representante de hecho<sup>(315)</sup>. El representante de hecho es la persona que, sin tener autorización ni representación formal de la persona jurídica, actúa de facto en su nombre, comprometiéndole en su actuación a hacer o no hacer, dar o no dar una obligación, y además, actúa en interés o en beneficio de la persona jurídica. Estamos, pues, ante un grupo grande de personas que pueden corresponder a distintas categorías jurídicas, teniendo en cuenta las diversas modalidades de las personas jurídicas: profesionales, directivos, representantes, socios, etc.

### 1.3. Procedimiento del bien a embargar

Antes de entrar al procedimiento en sí, del embargo que establece nuestra normativa procesal penal, es pertinente indicar los bienes que se encuentran taxativamente excluidos de la aplicación de esta medida coercitiva de carácter real, los cuales se pasa a detallar:

1. Los bienes del Estado, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional, publicada el 07-03-97, se falló "declarando FUNDADA en parte la demanda que pide que se declare inconstitucional la Ley N° 26599, en cuanto ella introduce el actual inciso primero en el Artículo 648 del Código Procesal Civil, con el tenor siguiente: "Son inembargables: 1. Los bienes del Estado. Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan", precisando que subsiste la vigencia del Artículo 73 de la Constitución, según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene

---

(315) GARCÍA CAVERO, Percy, "La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación", Barcelona, J.M. Bosch, 1999, páginas 173.

- 2.- Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil;
- 3.- Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;
- 4.- Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;
- 5.- Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;
- 6.- Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;
- 7.- Las pensiones alimentarias;
- 8.- Los bienes muebles de los templos religiosos; y,
- 9.- Los sepulcros.

Ahora bien el procedimiento se encuentra normado en el artículo 303° del Código Procesal Penal, en sentido se indica lo siguiente:

- 1.- Identificado el bien o derecho embargable, el fiscal o el actor civil, según el caso, solicitarán al juez de la investigación preparatoria la adopción de la medida de embargo. A estos efectos motivará su solicitud con la correspondiente justificación de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, especificará el bien o derecho afectado, precisará el monto del embargo e indicará obligatoriamente la forma de la medida. Las formas de embargo son las previstas, en lo pertinente, en el Código Procesal Civil.-

Esto significa que la labor que tiene el fiscal o en su caso el actor civil en la búsqueda de bienes a embargar, para ello puede concurrir a la Superintendencia de los Registros Públicos y realizar la búsqueda del patrimonio inscrito a nombre del imputado o del tercero civilmente responsable (propiedad inmueble, muebles); asimismo la norma hace

referencia al "derecho embargable" esto quiere decir que la medida de embargo, puede recaer sobre títulos valores, acciones, warrants y demás documentos de crédito, éstos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. El custodio queda obligado a todo tipo de gestiones y actuaciones que tiendan a evitar que el título se perjudique y a depositar de inmediato a la orden del Juzgado, el dinero que obtenga, por otro lado hay derechos personalísimos que no pueden ser objeto de embargo como lo son los derechos de autor, inventor o de creación científica e industrial, por cuanto se encuentran protegidos por una legislación especial la ley del autor la cual hace referencia que estos derechos son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciable e imprescriptibles

En el supuesto que se trate de un bien inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata. En este supuesto el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, sólo para fines de la anotación de la medida cautelar.

- 2.- El actor civil debe ofrecer contracautela. Ésta no será exigible en los supuestos previstos en el artículo 614° del Código Procesal Civil<sup>(316)</sup>.-

Al respecto hay que tener presente que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, su admisión en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar. La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. La contracau-

(316) Artículo 614° del Código Procesal Civil "Exceptuados de contracautela".- Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial.

tela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece.

- 3.- El Juez, sin trámite alguno, atendiendo al mérito del requerimiento y de los recaudos acompañados o que, de ser el caso, solicite al Fiscal, dictará auto de embargo en la forma solicitada o la que considere adecuada, siempre que no sea más gravosa que la requerida, pronunciándose, en su caso, por la contracautela ofrecida. Se adoptará la medida de embargo, siempre que en autos existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del delito objeto de imputación, y por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien.-

Al respecto la norma cuando indica "sin trámite alguno" hace referencia que no es de aplicación la realización de una audiencia para que se debata si procede o no, el juez se debe pronunciar con las documentales presentadas en el pedido de la medida coercitiva de embargo, debe ser motivada es decir, se debe indicar los fundamentos de hecho y derecho, en tal sentido, se deberá indicar los elementos de vinculación entre el imputado con el ilícito, su responsabilidad civil como producto de este y la vinculación del bien a embargar, precisando el monto o cuántum, por ello es coherente que se le exija se precise el monto del embargo e indicase la forma de la medida, puede ser en secuestro, depósito, administración, inscripción y las demás formas indicadas en la normativa procesal civil; asimismo la norma no limita únicamente al pedido estricto de la parte solicitante, por cuanto, el juez puede imponer el embargo en una medida no solicitada por esta siempre que no sea más gravosa que la solicitada.

- 4.- *La prestación de la contracautela, cuando corresponde, será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado. Corresponde al Juez pronunciarse sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la contracautela ofrecida.-*

La presentación de la contracautela es obligatoria – en el caso que el pedido lo solicite el actor civil - sin embargo, se encuentra exceptuados de su presentación los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, asimismo lo está

la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial. Con respecto a la idoneidad y suficiencia de la contracautela ofrecida, queda al criterio de juzgador el monto de dinero que puede ser ofrecido, todo va a depender las características y circunstancias de cada caso.

5. *Rige, para el actor civil, lo dispuesto en el artículo 613° del Código Procesal Civil.*

El código procesal civil nos indica lo siguiente “La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente. En caso de ejecución de la contracautela, esta se actúa, a pedido del interesado, ante el juez que dispuso la medida y en el mismo cuaderno cautelar; el que resuelve lo conveniente previo traslado a la otra parte. Cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo”.

6. *Aun denegada la solicitud de medida cautelar de embargo, podrá reiterarse esta si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.-*

Una de las características intrínseca de toda medida cautelar es su naturaleza variable, es decir, si luego de desestimada la primera petición, aparecen nuevas circunstancias que importan una valoración positiva

por parte del juzgador, entonces se puede volver solicitar esta medida brindando énfasis en las nuevas circunstancias por las cuales debería aceptar el pedido.

En sentido contrario, también procede a la reducción del quantum a embargar, si en el decurso de la investigación, se puede inferir que el imputado ya no sería autor directo del ilícito, sino, un cómplice secundario o inductor, por lo que sería pertinente proceder a disminuir prudencialmente la responsabilidad civil

7. *Si se ha dictado sentencia condenatoria, aun cuando fuere impugnada, a solicitud de parte, procede el embargo, sin necesidad de contracautela ni que se justifique expresamente la probabilidad delictiva.-*

Una de las características del embargo es que importa un prejuzgamiento, en tal sentido, si existe una sentencia dictada en primera instancia, ya no sería un prejuzgamiento, por cuanto, ya existiría un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional, es decir ya existe un análisis lógico jurídico del ilícito penal – una certeza jurídica – de la culpabilidad del imputado; por lo que está plenamente justificado el pedido que puede hacer el actor civil consecuentemente no es necesario ofrecer contracautela, claro está que la causa al no tener la condición jurídica de firme – cosa juzgada – el juzgador debe de ser cauteloso en su pronunciamiento.

Se señala que cualquier pedido que pretenda impedir o dilatar la ejecución de la medida de embargo es inadmisibles; ejecutada la medida se notifica a las partes con el mandato de embargo; y se puede apelar de la resolución judicial dentro del tercer día de notificado (art. 304).

Cuando al término del proceso se haya dictado una sentencia absoluta, auto de sobreseimiento o alguna resolución equivalente, que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada, se levantará, de oficio o a pedido del interesado, el embargo adoptado. Por otro lado, cuando se dicte una sentencia condenatoria, se requerirá de inmediato al afectado (imputado o tercero civil) el cumplimiento de las responsabilidades correspondientes, bajo el apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa del bien afectado (art. 306)

La regulación procesal en su artículo 315 señala que estas medidas, podrán variarse, sustituirse o cesar cuando resulte indispensable, por supuesto, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y al principio de proporcionalidad.

La desafectación de la orden de embargo, se tramitará ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Procede siempre que se acredite fehacientemente que el bien o derecho afectado pertenece a persona distinta del imputado o del tercero civil, incluso si la medida no se ha formalizado o trabado. Rige, en lo pertinente, el artículo 624° del Código Procesal Civil<sup>(317)</sup>.

La tercería se interpondrá ante el Juez Civil, de conformidad con el Código Procesal Civil. Deberá citarse obligatoriamente al Fiscal Provincial en lo Civil, que intervendrá conforme a lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 113°<sup>(318)</sup> de dicho Código.

## II. LA INCAUTACIÓN

### 2.1. Generalidades

En el desarrollo de la investigación, en el proceso penal, la policía nacional del Perú y/o el representante del Ministerio Público se encuentran con ciertos "objetos o efectos" que provienen del ilícito que están investigando, ante ello surge la figura jurídica de incautación. La incautación o secuestro consiste en la aprehensión de una cosa, por orden judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal<sup>(319)</sup>; consecuentemente con esta desposesión es realizada por intereses de orden público como producto de actuaciones ilícitas (delitos).

La incautación es una medida limitativa de derechos, porque colisiona con los derechos fundamentales constitucionales de las personas<sup>(320)</sup>. Sien-

(317) Artículo 624° del Código Procesal Civil "Responsabilidad por afectación de bien de tercero" Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario. Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar.

(318) Artículo 113° del Código Procesal Civil "Atribuciones del Ministerio Público" El Ministerio Público ejerce las siguientes atribuciones: 1. Como parte; 2. Como tercero con interés, cuando la ley dispone que se le cite; y, 3. Como dictaminador.

(319) CAFFERATA NORES J., Medidas de coerción en el proceso penal, Marcos Lerner – Editora Córdova, Córdova, 1983, página 125.

(320) Inciso 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú nos indica: "Toda persona tiene derecho: 16.- A la propiedad y a la herencia".