

LECCIÓN DÉCIMA OCTAVA

LAS MEDIDAS DE COERCIÓN REALES

I. DEFINICIÓN

Son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídico-económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: penal y civil, en el proceso penal.

Las medidas de coerción reales son de naturaleza patrimonial pues su finalidad es asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas. Es decir, de las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Desde esta perspectiva, y los derechos en conflicto, lo que buscan es evitar que el proceso y la garantía de defensa procesal se transformen en herramientas destinadas a proteger al visible vulnerador de los derechos ajenos. En consecuencia, persiguen satisfacer la eficacia de las consecuencias jurídico-económicas de la sentencia y del proceso [Rivas].

Las notas características o elementos de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. El art. 315.1 NCPP insiste en el principio de variabilidad, respecto del que destaca que la variación, sustitución o cese está en función a “las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad”.

II. CLASES E IDENTIFICACIÓN

1. Clasificación

Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser susceptibles de la siguiente clasificación (Acuerdo Plenario n.º 07-2011/CJ-116, FJ 17):

- A.** Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.
- B.** Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia que se dicte: restitución, reparación e indemnización.

2. Identificación

El NCPP identifica las siguientes medidas de coerción real: **i)** inhibición; **ii)** embargo – el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil–; **iii)** secuestro conservativo; **iv)** incautación; **v)** medidas anticipativas; **vi)** medidas preventivas contra las personas jurídicas: son anticipativas en su esencia.

El NCPP no solo reconoce las medidas anticipativas genéricas, también incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (arts. 311 y 312 NCPP).

No están reconocidas las medidas innovativas y de no innovar, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Las primeras, reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas, conservan la situación de hecho o de derecho presentada al incoarse el proceso (arts. 682 y 687 CPC).

3. Presupuestos materiales

3.1. *Fumus delicti comissi*

Consiste, como se ha precisado anteriormente, en la existencia de indicios racionales de criminalidad (apariencia y justificación del derecho subjetivo). Debe existir una imputación formal contra una persona determinada. El juicio de probabilidad delictiva es mencionado específicamente por el art. 303.3 NCPP, aun cuando se refiera solo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición.

El *fumus*, de un lado, debe referirse a un delito, que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, exige que los indicios evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aun cuando fuera impugnada.

3.2. *Periculum libertatis*

Es el peligro derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso declarativo de condena. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal (peligro de infructuosidad). Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado [Moras Mons].

El *periculum*, en lo civil, tiene una configuración objetiva: no se requiere necesariamente que se haya producido cierto comportamiento del imputado ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil, durante el tiempo del proceso, de que se dedique a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico-económicas. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditados, decae y no se justifica su imposición. El art. 303.3 NCPP, en tal virtud, estipula: “por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien”.

4. Procedimiento

La primera fase del procedimiento de coerción real es la solicitud escrita de la medida, que consagra de este modo el principio de rogación de parte de la parte procesal legitimada: Ministerio Público y actor civil (Acuerdo Plenario n.º 07-2011/CJ-116, FJ 20). Rige el art. 610 CPC. En consecuencia, la solicitud de la medida real, amén de ser escrita, debe ser fundada – esto es, el aporte de datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar un juicio provisional favorable a la petición cautelar–. Además, debe contener la determinación inequívoca de la medida que se solicita, a la que se debe acompañar la prueba correspondiente o la indicación de los actos de investigación que obran en la causa. La indagación de los bienes que serán afectados es una tarea del fiscal, que debe hacerlo de oficio o a solicitud del interesado.

La solicitud cautelar ha de contener, asimismo, el ofrecimiento de *contracautela*, que es una institución destinada a asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de la medida coercitiva real. La contracautela opera como una garantía para la realización de la medida cautelar. Se funda en el principio de igualdad, pues no solo se debe pretender asegurar al actor un derecho no actuado, en atención a la verosimilitud y el peligro en la demora, sino que también debe preverse la posibilidad de asegurar al imputado la efectividad del resarcimiento de los daños, generado por la medida de coerción [Ledesma Narváez]. Este requisito es viable en los supuestos de embargo e inhibición. El juez deberá pronunciarse en el momento de resolver sobre la medida solicitada –según se trate de un presupuesto cautelar–, en cuya virtud puede graduarla, modificarla o incluso cambiarla por la que considere pertinente, en función a su idoneidad y suficiencia. El solicitante especificará, bajo sanción de inadmisibilidad, el tipo o tipos de la caución ofrecida y la justificación del importe que propone.

La segunda fase del procedimiento es la determinación de la decisión del trámite: con o sin traslado al afectado: imputado o responsable civil. La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada –solicitud de medida coercitiva–, es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (art. 315.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del art. 203.2 NCPP, tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que “no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida”; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconoce, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (art. 315.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (art. 203.2 NCPP).

La tercera fase del procedimiento, una vez que el juez, sin demoras, valoró la justificación del trámite a imprimir, y si decide hacerlo *inaudita parte*, consiste en el análisis de los fundamentos de la petición, en el fondo de la comprobación. Las decisiones coercitivas de adopción se notifican *a posteriori*. Son impugnables en apelación. Rige el procedimiento recursal acelerado impuesto para el caso de la prisión preventiva: art. 278.2 NCPP: pronunciamiento de la Sala Penal Superior previa vista de la causa, que debe realizarse dentro de las 72 horas de recibido el

expediente, con citación de los afectados. El auto superior se pronunciará el mismo día de la vista o dentro de las 48 horas de realizada.

Como consecuencia de la variabilidad que caracteriza la protección cautelar, es posible que una solicitud anteriormente denegada pueda reiterarse ulteriormente, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición: conocimiento de hechos, anteriores o posteriores, a la resolución adoptada, que cambian la situación fáctica determinante de la denegación [Gimeno].

La cuarta fase del procedimiento es la ejecución de la medida de coerción. Tiene como notas distintivas que se ejecutan de oficio y será de inmediato. Previamente, se necesitará el cumplimiento de la contracautela. Según el art. 304° se sanciona con la inadmisibilidad todo acto o petición destinado a dilatar o impedir la concreción de la medida. Una vez ejecutada la medida, cabe la notificación a las partes, para su impugnación dentro del tercer día, sin efecto suspensivo.

5. Las concretas medidas de coerción reales

5.1. El embargo

Es una medida real mediante la cual se persigue la individualización y adscripción de bienes (inclusive se pueden afectar sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos) o derechos suficientes del patrimonio del imputado para garantizar las eventuales responsabilidades jurídico-económicas del delito. Esta medida no afecta la disponibilidad del bien; el bien embargado preventivamente no se convierte en indisponible para su titular, pero el titular del embargo tiene sobre él un poder reipersecutorio, en caso de efectuarse cualquier enajenación o transferencia del bien –sea a título oneroso o gratuito–. Se requiere para su validez: que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al imputado –ya se hallen en su poder o de terceros–; que tengan un contenido patrimonial y sean susceptibles de realización; y, que la Ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial. No podrán ser objeto de embargo: **(i)** los derechos personales como las prestaciones de seguridad social, los derechos honoríficos, etc.; **(ii)** los bienes excluidos del comercio, ya por la naturaleza propia del bien o por disposición de una norma positiva; **(iii)** los derechos personalísimos o fundamentales de la persona; y, **(iv)** derechos y acciones concernientes al estado civil de las personas, como la filiación y la patria potestad [Ledesma]. Es subsidiario de la orden de inhibición, de conformidad con el principio de la “alternatividad menos gravosa”.

El actor civil debe prestar contracautela, que puede ser real o personal – entre estas últimas está la caución juratoria–. Esta, según el art. 613 CPC, tiene por objeto asegurar al afectado el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La contracautela no es necesaria cuando se dicte una vez emitida la sentencia condenatoria de primer grado. La forma de la medida de embargo está sujeta a lo previsto en la Ley civil. Procede, en su caso, la desafectación y la tercería. El embargo puede ser variado, sustituido y alzado, en su caso.

El art. 303.1 del Código Procesal Penal exige como requisito para la tramitación de la medida de embargo que se señale la forma o la modalidad en que debe hacerse efectiva la medida. De acuerdo al Código Procesal Civil, será posible requerir las siguientes formas de embargo: **(i)** Embargo en forma de inscripción, el cual está dirigido tanto a los bienes muebles como inmuebles del imputado o del tercero civil que se encuentren registrados en los Registros Públicos; la inscripción se realizará mediante una anotación en la ficha registral correspondiente, pero no se impide la enajenación del bien, en cuyo caso, el adquirente asumirá el gravamen; **(ii)** Embargo en forma de depósito que recae sobre los bienes muebles del obligado que son depositados a la orden del juzgado en poder del propio obligado, en este supuesto sí existe una limitación a la facultad de disposición del titular del bien; **(iii)** Embargo en forma de retención que opera sobre los bienes o derechos de crédito en posesión de terceros, pero cuyo titular o acreedor del derecho es el imputado o el tercero civil, por tanto, el poseedor del bien recibirá una orden del juzgado de retener el bien o el pago para, luego, entregarlo a quien el juez disponga o depositar el pago en el Banco de la Nación; **(iv)** Embargo en forma de intervención que se puede presentar en forma de recaudación, según el cual el embargo recae sobre los ingresos de una empresa, sea persona natural o jurídica; o, el embargo en forma de intervención por información, mediante el cual el interventor recabará información sobre el movimiento económico de la empresa; y, **(v)** Embargo en forma de administración, cuya medida recae sobre los bienes que producen frutos [Oré Guardia].

En cuanto al procedimiento en la ejecución del embargo son de aplicación las reglas establecidas en el art. 644 del Código Procesal Civil que señala que el auxiliar jurisdiccional procederá –durante la ejecución de la medida– a precisar en el acta la naturaleza de los bienes, número, cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Esta información es importante porque a futuro servirá para dilucidar en mejor forma, las posibles tercerías o desafectaciones, cuando se cuestione que los bienes afectados no corresponden al futuro obligado [Ledesma].

El art. 305 NCPP contiene disposiciones específicas en materia de modificación y alzamiento de las medidas de embargo adoptadas. El elemento variabilidad justifica la modificación y el alzamiento. La sustitución de una medida por una caución a cargo del afectado está expresamente permitida en el apdo. 2 del art. 305 NCPP. En relación a los tipos de embargos, se debe remitir a lo dispuesto por el Código Civil en los arts. 642 al 673.

Como consecuencia de la instrumentalidad, firme la decisión final recaída en el proceso penal declarativo, se procederá:

- A.** Si se dicta sentencia absolutoria, sobreseimiento o resolución equivalente, firmes que sean, se alzarán de oficio el embargo, y se determinará los daños y perjuicios que hubiera podido producir dicha medida, siempre que haya sido expresamente solicitado por el afectado.
- B.** Si se dicta sentencia condenatoria, firme que sea, se requerirá al afectado el cumplimiento de las responsabilidades, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa respecto del bien embargado.

5.2. La inhibición

Está prevista en el art. 310 NCPP. Es la medida real que impide al afectado la libre disposición de sus bienes, cuando sea necesario asegurar el efectivo cumplimiento de las consecuencias jurídico-económicas del delito y del proceso. Tiene como notas características: **1.** Impide la venta o gravamen de cualquier bien. **2.** Se cumple mediante su inscripción en el registro, por lo que afecta principalmente la posibilidad de vender o grabar bienes inmuebles y muebles de carácter registrable.

Aun cuando no lo dice la ley, procede en los casos en que procediendo el embargo, este no tiene efectividad por no conocerse bienes concretos del obligado, o bien porque los conocidos no cubren el importe total del daño causado y reclamado. En efecto, mientras que en el embargo se individualiza el objeto sobre el cual va a recaer la medida real y, al mismo tiempo, pide que salga del dominio del imputado hasta que se proceda su venta judicial; en la inhibición se cuenta con una medida precautoria por la cual el imputado no podrá enajenar los bienes registrados a su nombre en el momento de la anotación de la inhibición en el Registro ni los que adquiriera de forma posterior, por cualquier causa [Martínez Botos]. Lo que hace es bloquear el patrimonio desde fuera, en la frontera de su dominio, para que no salga ningún bien. Se trata, en definitiva, de una medida sustitutiva del embargo, y que debe cumplir con los requisitos del art. 303 CPPP para su procedencia. No ha sido previsto por la norma procesal si es necesario un previo informe del registrador para emitir la orden de inhibición; sin embargo, incorporar como condición un requerimiento previo no se conciliaría con la celebridad que debe presidir esta medida para evitar que el imputado efectúe algún acto de disposición sobre sus bienes, por lo que sería suficiente con la declaración del imputado en sentido negativo [Martínez Botos]. La norma no ha previsto –a diferencia de la legislación argentina– la posibilidad de una inhibición voluntaria, que consiste en una transacción extrajudicial por acta notarial que luego debe ser inscrita en los Registros Públicos.

El efecto de la medida es impedir toda actividad que disminuya el patrimonio registrado del inhibido, pero no impide que este pueda incorporarle bienes con los que mejorará la garantía consiguiente. El solicitante debe manifestar no conocer bienes o la justificación sumaria de ser insuficientes.

5.3. DECOMISO E INCAUTACIÓN

I. DECOMISO

§ 1. Referencia normativa. La norma de Derecho penal material fundamental en esta materia es, como se sabe, el artículo 102 del Código Penal, recientemente modificado –la tercera reforma– por el Decreto Legislativo número 1351, de 7-1-2017 –su interpretación, al importar una limitación del derecho de propiedad, ha de ser restrictiva (STSE n.º 398/1999, de 11 de marzo). Esta norma incorpora cuatro instituciones diferenciadas pero sin definir las: (i) objetos del delito; (ii) instrumentos del delito; (iii) efectos del delito; y, (iv) ganancias del delito. Su concreción, sin duda, es importante. Los juristas no siempre tienen una concepción única sobre la materia. La doctrina, por tanto, no es pacífica.

§ 2. Definición y destino. El decomiso puede definirse como la privación definitiva de un bien o activo –elementos patrimoniales tangibles o intangibles, en suma– por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal. Su finalidad –siendo plural– es, de un lado, anular cualquier ventaja obtenida por la comisión del hecho delictivo y disfrutada por los autores y partícipes (STSE de 24 de mayo de 2012); y, de otro lado, proteger a la colectividad frente a bienes peligrosos [JESCHECK].

El destino de los bienes decomisados –o, mejor dicho, su efecto– es su traslado a la esfera de titularidad del Estado (artículo 102, primer párrafo, última oración, del CP) –que puede disponer de ellos libremente–, salvo el caso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos (artículo 102, segundo párrafo, CP).

§ 3. Bienes delictivos. Lo primero es definir lo que se entiende por cada una de estas instituciones (como se trata de expresiones indeterminadas, siempre habrá lugar al debate jurídico): objeto, instrumento, efecto o ganancias del delito. Lo segundo es establecer tanto la “naturaleza jurídica” del decomiso, para lo cual ha de tenerse en cuenta que nuestro legislador expresamente no lo consideró una pena, cuanto su finalidad y fundamento.

Las definiciones que podemos afirmar son las siguientes:

- A. Objetos del delito. Son los bienes sobre los que recaen la acción delictiva (mercancías en el contrabando) o los que resulten inmediatamente del delito (drogas en el delito de tráfico ilícito de drogas, dinero falso en el delito de falsificación de moneda, bienes con marca falsificada en el delito contra la propiedad industrial, material pornográfico en el delito de pornografía infantil –impresos materialmente peligrosos–, entre otros). Su fundamento estriba en la peligrosidad de los objetos o bienes resultantes del delito para afectar los bienes jurídicos que se procuran preservar, como por ejemplo, el comercio exterior, la salud pública, el orden monetario, etcétera. Procesalmente se trata del *Objetum scaeleris*, pero que presenta algunas diferencias, que luego en las próximas páginas se aclararán.

Es de precisar, sin embargo, que algunos bienes no pueden ser considerados objetos materiales del delito en orden al decomiso, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas, pues el objeto material está representado por un bien perteneciente a la propia víctima. Distinto es el caso en que el objeto material es de propiedad del mismo autor (armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de armas o explosivos, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, o en general los objetos de contrabando en ese delito).

También comprende esta institución, de un lado, los bienes que integran el provecho directo derivado de los delitos de tráfico ilícito (contraprestación en los delitos de tráfico ilícito de drogas –dinero o joyas–); y, de otro lado, los bienes (i) que constituyen el provecho indirecto derivado de las dádivas, presentes o regalos –dinero o bienes– que se suelen emplear, sobre todo, en los delitos de cohecho o de tráfico de influencias, (ii) que se utilizan de modo terminante de inducción –*pactum sicarii*–, y (iii) que se reciben por no impedir un delito estando legalmente obligado a ello.

MAURACH, de otro lado, clasifica los objetos materiales del delito como aquellos que derechamente dan lugar al decomiso, y los que no pueden decomisarse salvo una disposición específica. Primero, son los objetos que ponen en peligro a la colectividad o cuando exista peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos. Segundo, son los objetos que no pueden decomisarse sin norma expresa que lo autorice: (i) los *objetos obtenidos*: botín en el hurto, el dinero que determinó el delito; (ii) los *objetos del hecho*: armas sin autorización o licencia, vehículos sin permiso –el vehículo como

mercancía de contrabando–; y, (iii) los *objetos de referencia*: objetos que fueron ocultados con el fin de cometer la estafa a la compañía de seguros.

Estas referencias dogmáticas no hacen sino enfatizar que no puede identificarse *objctum scaeleris* –institución procesal– con objeto material del delito –que procede del derecho penal material–. El objeto material del delito, como es evidente, es uno de los elementos objetivos del tipo legal. Algunos tipos legales describen un objeto material sobre el que recae la acción típica –ese es, desde el derecho material, el objeto material del delito–. Así: una cosa mueble o inmueble en los delitos patrimoniales, un cadáver en el delito de homicidio, un miembro u órgano corporal en las lesiones o mutilaciones, los papeles o cartas o la línea telefónica en el descubrimiento de secretos documentales o de conversaciones telefónicas, la moneda, los sellos, los documentos en diversas falsificaciones, etc. [LUZÓN]. Procesalmente, la noción es más extensa y, como se indicará, tiene una perspectiva criminalística de ‘prueba del hecho’.

- B. Instrumentos del delito**. Son los bienes utilizados para la ejecución del delito, para lograr la objetividad típica –es inaceptable, por tanto, que comprendan los casos de delitos imprudentes: [SOLER]–; son los bienes utilizados que facilitan la ejecución del delito; son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, sirven para su ejecución, “*sea que tales objetos se hayan servido todos los participantes o uno o algunos de ellos; sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión del mismo*” [NÚÑEZ]. Así, el vehículo para el traslado de la mercancía en el delito de contrabando, la pistola en el delito de homicidio, la máquina para fabricar billetes falsos en el delito contra el orden monetario, los explosivos en el delito de terrorismo, o la cantidad de dinero con la que el autor ha financiado el transporte de la droga. Para su concreción basta que se realicen actos preparatorios que sean punibles (instrumentos del ladrón con cuya ayuda se llevaría a cabo un hurto o robo con fractura). ZAFFARONI/SLOKAR, aclarando estos conceptos, sostienen, primero, que el instrumento del delito es aquel que el autor utilizó dolosamente para cometer el delito; segundo, que los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse, salvo el caso en que puedan ser regularmente aprovechados por el Estado; y, tercero, que los instrumentos decomisables son aquellos que pueden ser utilizados para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aún para un acto de agotamiento.

Su fundamento reside en la peligrosidad objetiva del bien, referida concretamente al posible uso del instrumento para la comisión de nuevos delitos similares. Su finalidad es la eliminación de tal peligrosidad. Se le denomina *Instrumentum scaeleris*. Éste, como se desprende de lo expuesto precedentemente, no proviene de la actividad delictiva –propio del efecto del delito– sino que se utiliza para preparar o ejecutar el delito.

- C. Efectos del delito**. Son los objetos que se derivan de la comisión del delito y se relacionan con tal comisión –cualquier mercancía [ZAFFARONI/SLOKAR]–. Se circunscriben a los objetos producidos por el delito, esto es, los que siguen de él. Todo aquello que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción. Se exige la conexión de esos objetos o cosas con el delito cometido [CONDE-PUMPIDO]. Son los objetos que han sido producidos mediante la acción delictiva; son los productos directos del delito. Se les denomina *Productum scaeleris*.

Tienen el mismo fundamento que los objetos y los instrumentos del delito: peligrosidad de esos objetos y la probabilidad de que sean usados en el futuro para la comisión de nuevos delitos [GRACIA MARTÍN]. Su finalidad, es asimismo, eliminar esa peligrosidad.

D. Ganancias del delito. Son las ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente. Se requiere (i) la ejecución de un delito, y (ii) que el autor o partícipe haya obtenido, ya directamente del delito, ya indirectamente a través de su comisión, una ventaja o ganancia, entendida en sentido económico o patrimonial. Los efectos son el producto directo del delito mientras que las ganancias son el beneficio económico derivado de su comisión. Se extiende a los objetos o valores que, a través de transformaciones objetivas o jurídicas, sufran las ganancias directas [CONDE-PUMPIDO].

Las ganancias comprenden las que se obtienen directamente del hecho (por ejemplo, ingresos derivados de la venta de droga) como también el precio que el autor ha recibido de un tercero por la ejecución del delito –no interesa el conjunto de transformaciones que el activo ha podido experimentar–. El autor tiene que haber cometido un hecho penalmente antijurídico y obtenido para o a través del hecho una ventaja material (cosas, derechos y posibilidades fácticas de aprovechamiento del activo). El decomiso en estos casos se ajusta a la ganancia neta.

Su fundamento consiste en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida; no se acepta un enriquecimiento sin causa lícita. Su finalidad, por tanto, es la exacción del provecho obtenido con la perpetración de la infracción penal –la eliminación de tal enriquecimiento patrimonial–.

El Decreto Legislativo n.º 1106, de 19-4-2012, en su artículo 9, al hacer mención al decomiso, no traza ninguna especialidad normativa. Se remite el artículo 102 del Código Penal.

§ 4. Naturaleza jurídica. El decomiso no es una pena criminal. Legalmente el decomiso es considerado una consecuencia accesoria (Título Sexto, Capítulo II, Libro Segundo del Código Penal). No se sustenta, por tanto, en la idea de culpabilidad del autor o persona criminalmente responsable por el injusto penal cometido. “*El decomiso no se prevé como amenaza destinada a disuadir de la comisión del delito ni como castigo merecido por el delito. No responde a ninguno de los fines de la pena: ni a la prevención a través de la motivación ni a la retribución. Tampoco obedece a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto, como las medidas de seguridad*” [MIR PUIG]. Es, en cuanto a su naturaleza jurídica, una medida restauradora o de corrección patrimonial distinta de la pena [PAVÍA].

Cuando se trata de objetos del delito decomisables –por excepción y previa norma expresa que lo autorice–, de instrumentos del delito y de efectos del delito– la necesidad del decomiso se basa en la noción de peligrosidad objetiva de los bienes, en sí mismos considerados; y, cuando se trata de ganancias del delito, el decomiso se sustenta en la noción de enriquecimiento sin causa –su finalidad es la exacción del provecho obtenido con la perpetración de la infracción penal–. En el primer supuesto (objetos, instrumentos y efectos del delito) ha de acreditarse la peligrosidad objetiva de la cosa o bien y la probabilidad de su utilización en el futuro para la comisión de delitos. En el segundo supuesto (ganancia del delito) basta su condición de tal.

§ 5. En el caso de las personas jurídicas, las medidas fijadas en el artículo 105 del CP, modificado por el Decreto Legislativo n.º 982, de 22-7-2007, y el Decreto Legislativo n.º 1351, de 7-1-2017, igualmente, se justifica en el concepto de peligrosidad, pero por la forma de organización de una persona jurídica, de comisión a través de ella de futuros hechos delictivos. Cubre los déficits de prevención provocados por la injerencia en el hecho punible de una persona jurídica.

El fundamento, es decir, el “supuesto de hecho” de la responsabilidad de las personas jurídicas –que materialmente es una responsabilidad objetiva de naturaleza administrativa (policial de prevención de peligros) y de carácter no sancionador–, está constituido por las circunstancias que determinan el estado de desorganización de la persona jurídica que ha

propiciado y favorecido el marco de una determinada relación con ella –tal estado de desorganización que ha propiciado y favorecido la comisión del hecho por la persona física relacionada con aquélla, y la relación existente entre ambas personas, son hechos concurrentes con el hecho punible de un modo accesorio–. La finalidad de las indicadas medidas es la de neutralizar o disminuir en lo posible la peligrosidad objetiva del estado de desorganización de la persona jurídica como medio de prevención de la comisión futura de nuevos hechos punibles [GRACIA MARTÍN].

Como estas medidas no son penas, entonces, en ninguno de los casos, se requiere un juicio de culpabilidad de la persona física. Basta la comisión de un injusto penal. Empero, en el supuesto del decomiso del primer nivel –vinculado a la persona física–, salvo el caso de las ganancias del delito –que, como todas, tiene un definido alcance administrativo, pero asociado inescindiblemente al hecho punible y al proceso penal–, hace falta demostrar, aunque indiciariamente, la peligrosidad del bien o activo; no así cuando se trata de privación de ganancias –en las que, de hecho, en el mundo moderno, están vinculadas mayormente las personas jurídicas–, pues son consecuencias propiamente de derecho civil, cuyo fin es absolutamente reparador y redistributivo. El objeto de este decomiso es la ganancia neta, lo que implica que se trataría de una medida compensatoria cuasi-condicional, no una pena adicional.

§ 6. Presupuestos del decomiso. Los presupuestos de las consecuencias accesorias no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal –cuya respuesta penal son las penas y las medidas de seguridad, respectivamente, razón de ser del Derecho Penal–. Éstas, más bien, pueden considerarse, según el caso, medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil.

Esto quiere decir que el supuesto de hecho de la norma del artículo 102 del Código penal *no es* penal; solo se ha realizado en un contexto global en que también se ha perpetrado un hecho punible y se muestra *conexo* a este y, por esto, *accesorio* del mismo, del delito, pero no de la pena. Es una norma, la del citado artículo 102 del Código Penal, que pertenece al género de la concurrencia o concurso de normas y de consecuencias jurídicas; su presencia en el referido Código –y, por tanto, su función– se explica en la necesidad de concentrar por razones pragmáticas en el proceso penal la aplicación de *todas* las consecuencias jurídicas de todos los sectores del ordenamiento (penal, civil y administrativo), a todos supuestos de hecho jurídicos concurrentes en un suceso global histórico cuyo *centro* es el supuesto de hecho delictivo [GRACIA MARTÍN].

El decomiso de la ganancia del delito, como su fundamento se encuentra en la no tolerancia en el enriquecimiento injusto, es una medida de Derecho civil de compensación. Para su prueba basta con la acreditación de que el delito produjo determinados beneficios y que éstos representan para su destinatario un enriquecimiento ilícito: vinculación directa entre una y otra [GRACIA MARTÍN].

El decomiso del instrumento, del objeto y del efecto del delito –en este último caso, cuando corresponda–, como su fundamento está en la peligrosidad objetiva del bien o activo y en la necesidad de aseguramiento de la comunidad frente al peligro objetivo de la comisión de delitos que emana de aquellos, es una medida que pertenece al Derecho administrativo de policía. Frente a ese bien o activo se tiene que arbitrar medidas preventivas de carácter de *aseguramiento* de la colectividad frente al peligro de que sean utilizadas para la comisión de delitos –*potestades ablatorias* para la salvaguarda de un interés colectivo, que como tales se adoptan antes de que se produzca la violación del ordenamiento jurídico–. La comisión real del injusto típico es un presupuesto necesario para el decomiso, pero no forma parte del supuesto de hecho propiamente dicho de tal medida [GRACIA MARTÍN].

§ 7. Problemas de aplicación. Sobre este punto, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inicialmente fue más limitado. En efecto, en la STEDH Agosi *v.* Reino Unido, de 24-10-1986, declaró que cuando se trata de decomiso a terceros tiene una naturaleza definidamente civil; si se tramita en proceso autónomo no rigen las garantías previstas para el *jus puniendi*. Para el tercero en el proceso de pérdida de dominio y, en el proceso penal principal, para el tercero civil responsable y al propio tercero ajeno a esa condición, rigen las reglas de lo civil: la acción de decomiso es civil. Es decir, en ese fallo el TEDH limitó el decomiso civil solo a los terceros. Sin embargo, en la STEDH Dassa Foundation *v.* Liechtenstein, n.º 296/2005, referida a una incautación y, luego, a un decomiso en un proceso penal por blanqueo de capitales y, posteriormente, a un proceso objetivo contra fundaciones vinculadas, afirmó la naturaleza civil de esa medida, de suerte que puede entenderse que (i) la extendió a todos: autores, partícipes y terceros; y, (ii) la refirió no solo a las ganancias, sino también al objeto y a los efectos del delito.

Lo que debe probarse, en función a su vinculación con la infracción penal, es la comisión de ese hecho y, luego, la relación del afectado con la medida con tal infracción penal, aun cuando no sea autor o partícipe de la misma.

El hecho cometido deberá fundamentar efectivamente una situación patrimonial antijurídica (por ejemplo, la dádiva en el cohecho) o cuando la ventaja patrimonial haya sido ofrecida para el hecho (por ejemplo, falso testimonio a cambio de un pago).

La STSE n.º 483/2007, de 4 de junio, ha sido precisa: la aplicación del decomiso al proceso penal está vinculada a la demostración del origen ilícito del bien o de su utilización para fines criminales, por ello es que se extiende al tercero.

Los bienes peligrosos y/o maculados, como regla, deben pertenecer al autor del injusto penal –a ellos se dirige, por lo regular, el decomiso–, pero se extienden a terceros –personas naturales o jurídicas– cuando éstos u otras personas en su nombre tengan deberes de control y vigilancia de tales objetos y no ofrezcan garantías suficientes de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros para la comisión de delitos en el futuro –incumplan tales deberes y no ofrezcan garantías de cumplirlo en el futuro–. El Código Penal dice, solo respecto a los instrumentos del delito: “...salvo cuando estos [los terceros] no hayan prestado su consentimiento para su utilización”. Tal frase, empero, no impone el decomiso forzoso de los demás supuestos: la relación es de bien de lícito comercio y proporcionalidad (artículo 103 del CP).

§ 8. El concepto de “tercero de buena fe”, que impide el decomiso, debe entenderse desde el fundamento y la finalidad del mismo –es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos y es de libre apreciación por el órgano jurisdiccional, que tendrá en cuenta hechos y circunstancias que aparezcan probados (STSE n.º 798/2008, de 12 de noviembre)–. Es tercero de buena fe el propietario, no responsable criminal, de los bienes, legalmente adquiridos y de lícito comercio, cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos –se trata de las ganancias–. Por el contrario, es un propietario de mala fe cuando los adquirió con conocimiento de que de esa forma se dificultaba el decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso –se trata de los objetos, instrumentos y efectos del delito–. Solo se decomisará el bien de un tercero cuando éste no presta aquella garantía de vigilancia. En los casos de las ganancias, la inexistencia de buena fe del tercero se dará cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podría haber previsto la posibilidad del origen delictivo. Las ganancias ilícitamente obtenidas por una persona jurídica en virtud de hechos delictivos cometidos por sus dirigentes, sin excepciones, son decomisables. Es obvio, salvo

prueba en contrario, que cuando se adquiere un bien a título gratuito o por un precio inferior al real del mercado, no se está ante un tercero de buena fe.

A las personas jurídicas se les impone medidas, y su naturaleza no es penal sino administrativa –el legislador peruano asumió esta concepción con la dación de la Ley n.º 30424, de 21-4-2016, y el Decreto Legislativo modificatorio n.º 1352, de 7-1-2017, al denominar “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”–, que se inscriben, no en el poder punitivo del Estado, sino en su poder coercitivo; y, su imposición no está condicionada a la imposición de una pena o de una medida de seguridad a la persona natural. Asumen responsabilidad propia, no derivada y, por tanto, se erigen en partes procesales principales cuando son emplazadas.

§ 9. Clases de decomiso. El Código Penal los diferencia en función al titular del preciso bien o activo en cuestión; y, desde otra perspectiva, según la posibilidad de incidir en el propio bien o activo o en otros.

En el primer caso, como ya se dijo, se tiene: (i) decomiso al autor o partícipe del hecho antijurídico, en tanto él tiene en su poder el activo y sea de su propiedad –según JESCHECK, se extiende a todo sobre lo que el autor pueda disponer económicamente, afecta a quien realmente ha hecho uso del bien– (decomiso propio); y, (ii) decomiso a un tercero, siempre que sea el titular del activo y que se presenten los requisitos de mala fe ya precisados, es decir, que no sea un tercero de buena fe –si ha contribuido al menos por imprudencia a la implicación del objeto en el hecho delictivo, o si lo ha adquirido tras la comisión de éste de un modo reprochable– (decomiso impropio). No se precisa para decomisar un activo el cumplimiento de los presupuestos materiales antes indicados cuando se trata de un bien intrínsecamente peligroso, que ponen en peligro a la colectividad (veneno, explosivos). Es el denominado decomiso de aseguramiento, en el que también pueden incluirse, como lo hace el Código Penal Alemán, los bienes respecto de los cuales exista el riesgo cierto de que serán utilizados para la comisión de delitos (documentos falsificados, armas prohibidas)–. En estos casos se le decomisará a quien lo tenga en su poder, sea el autor o partícipe o un tercero, y el activo será destruido.

En el segundo caso, se trata: (i) El decomiso directo, que afecta al propio activo vinculado al hecho antijurídico. (ii) El decomiso de valor de reemplazo, que procede cuando los efectos o ganancias del hecho antijurídico han sido ocultado, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier razón análoga, el cual comprende los activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias. (iii) El decomiso sustitutivo o de segundo grado, que se refiere a efectos o ganancias en que los activos se han mezclado con bienes lícitos, de suerte que el decomiso procede hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los activos lícitos se utilizaron como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedente, caso en el que se decomisa ambos tipos de activos.

El decomiso parcial está contemplado para el supuesto en que se trata de un activo de lícito comercio y su valor excede a la naturaleza y gravedad de la infracción, por lo que se extenderá a la entidad del hecho antijurídico. Como en la imposición del decomiso se exige la proporcionalidad, su aplicación no es preceptiva en todo caso por no tratarse de una pena accesoria (STSE n.º 1049/2011, de 18 de octubre).

§ 10. Aspectos procesales. El decomiso debe ser expresamente solicitado por el Ministerio Público. No se decreta de oficio. Rige el principio acusatorio (STSE 394/2013, de 30 de abril).

La sentencia debe motivarse respecto del decomiso; ha de explicar las razones justificantes de la medida –el decomiso no puede presumirse, debe imponerse claramente en el fallo–. La falta de motivación justifica que se alce el decomiso (STSE n.º 442/2013, de 23 de mayo). Tanto al imputado como al tercero han de dársele la oportunidad de defenderse en juicio ante la pretensión de decomiso –la presencia del tercero es precisamente para darle la oportunidad de alegar y demostrar que es un tercero de buena fe–.

Para el decomiso se exige una relación directa con la actividad delictiva enjuiciada. Debe constar la procedencia del delito y la no pertenencia del bien a un tercero de buena fe (STSE n.º 442/2013, de 23 de mayo). Lo decomisado ha de tener una relación directa con el delito y la actuación del imputado.

Una excepción a la regla de la petición fiscal son aquellos supuestos en los que el decomiso se impone *ope legis* (bienes intrínsecamente delictivos, drogas en el tráfico ilícito de droga, las armas e instrumentos en todos los delitos de tráfico). Aquí no se requiere motivación –basta la indicación de esos bienes y la referencia normativa precisa–, que en los demás casos es necesaria (STSE de 12 de marzo de 2001).

Puede haber otra excepción al pedido fiscal expreso en la acusación, cuando en el juicio existió amplio debate sobre la ilicitud de los efectos intervenidos (STSE de 13 de julio de 1996).

II. INCAUTACIÓN INSTRUMENTAL

§ 11. Tipos de incautación. El CPP regula dos tipos de incautación: instrumental y cautelar, según primordialmente se refieran a bienes entendidos como fuentes de prueba o como objetivo de decomiso. Así, de un lado, véanse artículos 218-222 CPP; y, de otro lado, artículos 316-320 CPP. Diferente es el caso, por ejemplo, del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, artículo 231 y siguientes, que trata unificadamente esta institución, bajo el rótulo de “secuestro”.

El problema de esta regulación separada es que un bien o activo puede, eventualmente –específicamente según la opción dogmática que se maneje–, ser materia de los dos tipos de incautación. Es menester ubicar, objetivamente, un criterio seguro de diferenciación. Así, es de entender que, para la incautación instrumental, el bien debe ser el cuerpo del delito o las piezas de convicción –en este último caso “...[cosas] que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados” (artículo 218.1 del CPP); mientras, que para la incautación cautelar, deben ser los efectos provenientes de una infracción penal, los instrumentos con que se ejecutó y los objetos del delito permitidos por la ley (artículo 316.1 del CPP), El cambio producido por el Decreto Legislativo número 1351, de 7-1-2017, empero, no tuvo un impacto para modificar expresamente la norma procesal al mencionar, junto a los efectos, las ganancias del delito.

§ 12. Incautación instrumental – Alcances. Es la ocupación forzosa de un bien “...que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionan con él [se entiende, con el delito] o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados,...” (artículo 218.1 del CPP).

- A. Por lo primero, CUERPO DEL DELITO, se entiende tanto la persona o cosa objeto del delito destinataria o receptora de la acción delictiva ejecutada por una persona; comprende exclusivamente elementos materiales y tangibles [MONTÓN] (*Objetum scaeleris*). Esta noción es estricta o criminalística: entidad u objeto que resulta afectado o dañado por el hecho delictivo, aquella parte de la realidad sobre la que recae la acción penal o se cometió el delito [PÉREZ-CRUZ]. En concreto, es la persona o cosa objeto del delito, contra la cual iba dirigido el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos [MORENO CATENA]–.

También se puede incluir, según un sector de la doctrina procesalista, que asume la noción extensiva, los instrumentos –que algunas concepciones en el Medioevo lo incluían en el cuerpo del delito, al igual que las piezas de convicción [BARRAGÁN]–, y los productos del delito (*instrumentum* y *productum scaeleris*). Así, por ejemplo, MORENO CATENA, aunque reconoce la vigencia de la noción estricta. Tal noción extensiva, sin embargo, no es de recibo por su extrema amplitud al abarcar instituciones de derecho material autónomas comprensivas del decomiso, como los instrumentos –que procesalmente se le denomina *piezas de ejecución*, pero que el citado artículo 218.1 del Código Procesal Penal no la incorpora expresamente dentro del cuerpo del delito– y los productos –se incluyen las ganancias– del delito, que tienen su propio ámbito y funcionalidad. Se le denomina *Corpus delicti* o *Corpus criminis* o *Habeas criminis*.

El cuerpo del delito tiene una naturaleza heterogénea, en cuanto es, al tiempo, medio y objeto de investigación. Medio de investigación, porque a través de él se puede averiguar importantes extremos relativos al hecho delictivo. Objeto de investigación, en el sentido de que las materialidades que lo componen pueden ser, a su vez, objeto de diligencias investigativas de esta índole [ARAGONESES].

- B.** En cuanto al segundo ámbito de la institución, a las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento, se les denomina *PIEZAS DE CONVICCIÓN*. Son las materialidades relativamente permanentes, tales como huellas, vestigios materiales, rastros o efectos materiales, que deja el delito en su comisión de tal modo que puedan ser utilizados para su prueba –permiten acreditar la perpetración del delito y, en ocasiones, la identificación de su autor–. Se trata de aquellos elementos que dejan constancia de la realidad de un delito y que por ello auxilian la función investigadora (por ejemplo, armas, indumentarias, documentos, objetos varios, huellas dactilares, manchas de sangre, ropa, cabellos, fluidos corporales) [CALDERÓN/CHOCLÁN]. Como tal, tienen carácter preferente en la investigación del delito. También se les denomina “*Corpus Probatorum*”.

Para la incautación instrumental se debe poner el énfasis en que se debe tratar de bienes o cosas con aptitud verosímelmente acreditativa o corroborante del hecho delictivo mismo en su integralidad, o de circunstancias accesorias a él que sirvan indirectamente para la comprobación de algún extremo útil en la causa para el esclarecimiento de la verdad [JAUCHEN].

Si los referidos bienes se encuentran en la escena del delito, descubiertos a mérito de la pesquisa de la policía, serán objeto de recogida y conservación (artículo 208.2 del CPP) –la cosa se toma en depósito oficial [VOLK]–; y, si los tiene en su poder el propietario, poseedor, administrador o tenedor, serán objeto de un mandato judicial de incautación instrumental o de una ocupación *ex officio* si está en flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración (artículo 218 del CPP) –la cosa se somete a la tutela estatal [VOLK]–. Si existe peligro por la demora (de desaparición, ocultación o perjuicio del bien), se entiende fuera de flagrancia delictiva, el Fiscal *motu proprio* dispone la medida. En uno u otro caso –flagrancia o peligro por la demora–, se requiere inmediata resolución confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.

Esta posición, sin duda, plantea diferencias con el Acuerdo Plenario n.º 5-2010/CJ-116, de 16-11-2010. La necesidad de confrontar el texto de la ley nacional con la dogmática que le resulta aplicable, obliga a un cambio de perspectiva. Desde ya cabe aclarar que no es posible incluir en la noción de cuerpo del delito a los instrumentos del delito porque éstos integran el decomiso y son objeto de la incautación cautelar. La regla del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, que incluye expresamente a los instrumentos del delito

dentro del cuerpo del delito, no ha sido reproducida por nuestro artículo 318.1 del CPP, lo que obliga a cuidar con ello las citas de la doctrina hispana.

§ 13. Aseguramiento y destino. Los bienes se sellan, si fuera posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. Aquí rigen las reglas de la cadena de custodia para garantizar su autenticidad (artículo 220.5 del CPP) y, sobre todo, para la ejecución de las pericias que pueden recaer sobre ellos.

Los bienes incautados instrumentalmente, cumplida su utilidad investigadora, se devuelven al agraviado o a un tercero titular del mismo. Tratándose del imputado titular del bien, la devolución opera solo si no tiene relación con el delito (artículo 222.1 del CPP). La devolución puede ser provisional a fin de que sean exhibidos cuando la autoridad necesite del bien con efectos de prueba. Si se desconoce el propietario se remata el bien por la Fiscalía. En los casos de decomiso y o de pérdida de dominio el remate lo hace el CONABI (artículo 223.4 del CPP).

La destrucción tiene lugar si los bienes son intrínsecamente peligrosos (por su propia naturaleza o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia). Debe levantarse un acta y debe quedar constancia en autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los bienes destruidos, incluso de su valor.

§ 14. Finalidad. Esta medida apunta a la comprobación del delito, a lo que puede servir de prueba del delito (artículo 218.1 del CPP). Su finalidad es pues probatoria –en pureza, de aseguramiento de fuentes de prueba–, pues tiende a asegurar que los elementos sobre los que puede fundarse la convicción judicial no serán alterados o destruidos, dificultando el juicio que debe contener la sentencia. Se limita el derecho fundamental a la propiedad con fines de esclarecimiento, de averiguación penal, de ahí su carácter instrumental.

Por ello es que, agotada su función, la lógica consecuencia es su devolución ulterior.

Los bienes que integran la noción estricta de cuerpo de delito y las piezas de convicción, en cuanto a su aseguramiento, cumplen una definida función de esclarecimiento o de convicción –la noción estricta de cuerpo de delito pertenece al Derecho procesal penal y no al Derecho penal material, y sus antecedentes se remontan al antiguo procedimiento inquisitorial canónico italiano del siglo XII, a pesar que se le atribuye a *Farinacio* el uso de este vocablo por primera ocasión en 1581 [BARRAGÁN]–. Respecto de los instrumentos y efectos –noción básicamente de Derecho penal material–, aun cuando indirectamente también cumplen una función de convicción, sin embargo están primordialmente preordenados a la consecuencia accesoria de decomiso.

Es incorrecto sostener que la incautación, como bloque institucional, no cumple funciones duales [GÁLVEZ], en especial la cautelar, desde que necesariamente la ocupación de un bien para fines cautelares requiere de base probatoria y ésta se puede invocar en la decisión que resuelve la acusación. Las cosas –las personas mismas incluso– tienen también importancia probatoria para el procedimiento judicial, más aún en materia penal: ellas contienen, de ordinario, rastros del hecho punible, que permiten verificar conjeturas (indicios) acerca de la acción u omisión a averiguar [MAIER]; y, si se trata de bienes decomisables, desde luego, revelan su vinculación con el delito, de suerte que también sirven para fundar una condena, sin perjuicio de decretar su decomiso.

III. INCAUTACIÓN CAUTELAR

§ 15. Incautación cautelar. Está prevista en los artículos 316-320 del CPP. Es una medida coercitiva con función cautelar, pues apunta a garantizar la ejecución de la consecuencia accesoria de decomiso. Restringe el derecho fundamental de propiedad como consecuencia de la comisión de un injusto penal y de la relación ilícita existente entre el bien o activo y dicha conducta antijurídica. Esta relación incautación – decomiso se ve claramente establecida en el artículo 316.3 del CPP.

Cabe aclarar que en todo tipo de incautación se restringe el derecho constitucional de propiedad, comprendido él como todas aquellas facultades previstas por el orden jurídico para la relación entre personas y cosas, con inclusión, entonces de la posesión y la tenencia de cosas y papeles, esto es, no solo el dominio, entendido desde el punto de vista jurídico, sino, antes bien, de él comprendido como señorío de todo tipo sobre las cosas [MAIER].

§ 16. Materia. El artículo 316.1 del CPP establece que se incautan “*Los efectos provenientes de la infracción o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley...*”.

Es de entender, como consecuencia de lo anotado anteriormente, que la incautación instrumental depende básicamente de una razón de inmediatez –recogida de bienes en la escena del delito, como consecuencia de la pesquisa–, pero también cuando existe una distancia frente al hecho. Se ciñe en el cuerpo del delito y las piezas de convicción, ambas entendidas en su sentido estricto, esencialmente procesal, y en relación con el objeto del delito (*objetum scaeleris*) [vid.: § 3.A]. Está en función a la realización de diligencias de averiguación directa del hecho delictivo, y buscan hallar y asegurar el material probatorio [BENAVENTE]. Mientras que la incautación cautelar se circunscribe en los bienes o activos materia de decomiso, especialmente en los instrumentos del delito, los efectos del delito y las ganancias del delito. Están excluidos los bienes que solo o exclusivamente sirven para probar el hecho y, respecto de los objetos del delito (*objetum scaeleris*), solo alcanza a los específicamente decomisables establecidos por la ley.

La incautación cautelar también puede realizarse en las primeras diligencias (inmediatez), aunque es posible que, igualmente pero con mayor posibilidad, se realice en el curso de la investigación preparatoria por la Policía o el Fiscal. Si existe peligro por la demora el Fiscal ordenará la incautación y si no existe se acudirá al juez para requerir la resolución cautelar correspondiente. En el primer supuesto, inmediatamente se pedirá la resolución confirmatoria al Juez de la Investigación Preparatoria. En este caso, como en el de incautación instrumental, no se requiere audiencia para acordarla –no se incorpora en sus disposiciones tal tipo de actuación previa–. El traslado está condicionado a que no se ponga en peligro la efectividad de la medida, en cuyo caso también puede disponer una audiencia (203.2, última parte, del CPP).

IV. PRESUPUESTOS DE LA INCAUTACIÓN

§ 17. Alcances. Toda medida que limite un derecho fundamental –la incautación, una u otra, está referida al derecho de propiedad– requiere del cumplimiento de dos presupuestos: intervención indiciaria y proporcionalidad, según el artículo VI del TP del CPP. Debe haber, en primer lugar, suficientes elementos de convicción: actos de aportación de hechos que revelen, desde un estándar de mera probabilidad delictiva –no de certeza o de elevada probabilidad objetiva propio de la sentencia [VOLK]–, que el bien está relacionado con el delito investigado. Será mínimo o plausible cuando se trata de incautación instrumental: solo se requiere relativa acreditación del hecho delictivo y juicio de relevancia probatoria del bien en relación a ese ilícito.

- A. Cuando se trata de incautación cautelar, ese estándar requiere una razonada atribución del hecho punible a una persona determinada y que el bien esté vinculado a esa conducta delictiva –indicios objetivos acerca de que los bienes provengan de la comisión de un

delito y no se acredite su origen lícito [GIMENO]—. Se requiere actos de investigación que revelen una sospecha fundada, esto es, que reflejen a nivel semi-pleno la realidad del injusto penal y el vínculo del bien con ese injusto penal y con el afectado por la medida. En suma, se exige una sospecha fundada en datos objetivos de que se ha cometido un delito y de que al mismo está vinculado el imputado y/o el bien concernido. Los datos objetivos en que se apoya la medida apuntan a un doble sentido: (i) el de ser accesibles a terceros, pues de otro modo no serían susceptibles de control; y, (ii) que han de proporcionar una base real —es decir, elementos objetivos contrastados y significativos— de la que pueda inferirse que se ha cometido un injusto penal por una persona determinada y que el bien está vinculado a esa infracción [PÉREZ-CRUZ]. Es el *fumus commissi delicti*.

En estos casos juega un papel preponderante la prueba indiciaria. Los indicios que pueden valorarse, son: **1.** La desproporción entre el valor de los bienes de que se trate y los ingresos de origen lícito del imputado. **2.** La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes mediante la utilización de personas interpuestas, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. **3.** La transferencia de los bienes mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida (artículo 127 bis del CP Español, LO 1/2015).

Las prueba indiciaria podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad delictiva objeto del proceso penal, en el que el bien cuestionado haya sido adquirido durante ese período de tiempo en que el imputado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien incautado no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc. (STSE n.º 228/2013, de 22 de marzo).

Las presunciones en este ámbito, por consiguiente, no afectan la presunción de inocencia, por cuanto lo que ésta garantiza no tolera es que se presuma en contra del acusado alguno de los elementos constitutivos del delito, ni iuris et de iure, ni iuris tantum (STCE n.º 87/2001, de 2 de abril). Aun cuando se normativicen en concretos preceptos estas reglas —que es el caso del delito de enriquecimiento ilícito (artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003)—, ello no supone una inversión de la carga de la prueba, sino una inducción acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia [PAVÍA]; por ejemplo, la falta de explicación racional en relación con sus incrementos patrimoniales, proporciona un criterio de valoración de la prueba compatible con las exigencias de la prueba del proceso penal (STSE n.º 274/1996, de 20 de mayo).

En segundo lugar, como nota intrínseca a los bienes materia de incautación cautelar debe (i) “...existir peligro de que libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos” (artículo 317.1 del CPP) —es el llamado *periculum in mora*—; y, (ii) estar en una relación de proporcionalidad entre injusto penal y entidad del bien peligroso (artículos 253.2 y 317.2 del CPP). La medida debe ser idónea, necesaria y no debe existir otra medidas menos gravosa para el derecho fundamental a través de la cual pueda alcanzarse el mismo fin legítimo [GIMENO].

El artículo 254 del CPP impone la indicación de los elementos de convicción que justifican la incautación. El requerimiento fiscal debe estar motivado y también la resolución judicial (artículos 255.1 y 254.2 b del CPP), así como sustentado (artículo 203.2 CPP).

- B.** En el caso de la incautación instrumental se requiere adicionalmente que los bienes concernidos apunten al esclarecimiento del delito, que tengan una relevancia probatoria (artículo 202 del CPP). Más exigente es la incautación cautelar, pues se requiere que la ocupación del bien sea indispensable, necesaria y estrictamente proporcional; esto es, identificar el bien en orden a su titular y quien lo tenía en su poder, si está relacionado con el delito, si es indispensable incautarlo para evitar su pérdida, su ocultación o que siga haciendo más daño (“...*peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito puede agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos*”: artículo 317.1 del CPP), si se cumplen los presupuestos del decomiso (artículo 102 del CP) y si existe proporcionalidad estricta (El valor de los efectos e instrumentos del delito “...*garde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal*”: artículo 103 del CP).

§ 18. Momento de la resolución judicial. Indistintamente cuando se ocupa un bien sin previo mandato judicial, se requiere una resolución confirmatoria. El pedido de esta resolución se hace apenas operó la medida. La ley utiliza una expresión indeterminada. Así, para el caso de la incautación instrumental, el artículo 218.2 del CPP estatuye: “...*el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria...*”; y, para el caso de la incautación cautelar, el artículo 313.2 del CPP dispone que producida la incautación –acto seguido– “...*, el Fiscal requerirá inmediatamente al Juez de la Investigación Preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria...*”.

En clave de fiel cumplimiento de la disposición legal, la solicitud de resolución judicial confirmatoria debe realizarse en el día, ejecutada la medida por el Fiscal; lo más pronto posible si existe alguna dificultad operativa objetivamente fundada.

¿Qué sucede si no se solicita la resolución confirmatoria? Se trataría de un acto procesal incompleto –anulable–, que para que surta efectos legales necesita la confirmación judicial. Como desde la perspectiva del derecho constitucional no se afecta derecho fundamental material alguno –infracción de simples normas de procedimiento–, se está ante un acto anulable que muy bien puede y debe ser saneado, cumpliéndose con el acto omitido. Por el contrario, si no se pide la confirmatoria dentro del brevísimo plazo, como se trata de un plazo impropio, no genera nulidad alguna, solo consecuencias disciplinarias para el fiscal.

Una excepción a esta regla de necesaria resolución judicial es el artículo 13 de la Ley de Contrabando, Ley n.º 28008, de 19-6-2003: no se requiere resolución judicial. La Ley contra el Crimen Organizado, Ley n.º 30077, de 20-8-2013, impone una especialidad en su artículo 17, respecto de la incautación realizada por la policía en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración: no se requiere, a continuación, resolución confirmatoria.

§ 19. Posición del tercero. El tercero, entendido procesalmente, es la persona distinta del imputado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, adquiridos por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los que puede verse privados en los casos previstos por el Derecho sustantivo, será afectada por los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia, por lo que puede intervenir en el proceso como consecuencia de su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional [MARCHENA-GONZALES CUELLAR].

El artículo 102 del Código Penal establece, materialmente, los supuestos en los que no es posible el decomiso del bien de un tercero. Desde esa perspectiva, el artículo 318.4 del CPP

(según el Decreto Legislativo n.º 983, de 22-7-2007) autoriza la participación del tercero en el proceso. Tiene derecho a ser oído, puede oponerse a la incautación y recurrir. El artículo 319.b del CPP (según el citado Decreto legislativo n.º 983) dispone que el tercero puede pedir el reexamen de la incautación cautelar –si no intervino desde el inicio y, por ello, no pudo esclarecer su pretensión–, y esa decisión puede recurrirla.

§ 20. Destino del bien incautado cautelarmente. Si son bienes muebles se toman bajo custodia y si es posible se inscriben en el registro respectivo. Si son bienes inmuebles o de derechos sobre aquellos, se ocupan y se anota la medida en el registro respectivo. De igual manera se procederá cuando se trata de bienes inscribibles, que se cumplirá aun cuando no está a nombre del imputado. La medida afecta el bien no al imputado como personal. Véase artículo 318.2 del CPP.

Pero, no es obligatorio que el bien quede en poder de la Fiscalía. Es posible, según el artículo 319.3 del CPP, si no pelagra el fin de aseguramiento, se devuelva al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor, o se entrega al afectado bajo reserva de reversión para su utilización provisional y previa caución.

V. OTROS TEMAS VINCULADOS

§ 21. Denominación de la institución. El Código Procesal Penal optó por la denominación “incautación”. No asumió el nombre de secuestro ni el de confiscación (genéricamente en el artículo 13 de la Ley n.º 28008 utiliza el vocablo “secuestro”, sin intentar una definición o diferenciación con la incautación). Tampoco asumió el título de embargo –que lo concretó a los llamados “bienes libres”–. El vocablo “decomiso” lo reservó para la consecuencia accesoria respectiva, y, en clave de homogeneidad, designó con el nombre de “incautación” a la medida procesal de aseguramiento del bien.

Los Códigos en diversos países no han adoptado denominaciones uniformes. Por eso es que en el Derecho Internacional Penal se les llama, indistintamente, embargo preventivo o incautación a la medida procesal y decomiso a la medida sustantiva (artículos 2 y 12, numerales 1 y 2, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y, artículo 2, literales ‘f’ y ‘g’, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción). El artículo XV de la Convención Interamericana contra la Corrupción considera equivalente el término confiscación con el de decomiso.

§ 22. Corrupción, dinero vinculado y cuentas bancarias. El artículo 401-A del Código Penal estipula que los donativos, dádivas o presentes serán decomisados en los delitos de cohecho, soborno transnacional, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El dinero en ese delito, en metálico o depositado en cuentas bancarias, es un objeto del delito sujeto a decomiso por expreso mandato legal. Es, propiamente, un objeto obtenido. Éste puede ser un objeto directo, o uno indirecto cuando se obtienen bienes materiales que se intercambian, se negocian o se convierten en dinero y se depositan en una cuenta bancaria.

Es suficiente prueba para la incautación y, luego, para el decomiso, si el imputado no ejerce actividad lícita que justifique el monto del dinero en cuestión.

§ 23. Cooperación judicial internacional e incautación. Los tratados imponen la cooperación tanto para la incautación cuanto para el decomiso de bienes vinculados al delito –

de corrupción, tráfico de drogas y de delincuencia organizada transnacional—. ¿Puede pedir la cooperación judicial directamente el Fiscal sin intervención del Juez?

El artículo 511.1. h) del CPP comprende la incautación y decomiso de bienes delictivos. La cooperación judicial activa está prevista en el artículo 536 del CPP y se ejerce a través de una carta rogatoria. Prescribe el artículo 536.3 del CPP que corresponde a los jueces y fiscales, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, cursar la carta rogatoria correspondiente. En cuanto a la incautación —y con mayor razón al decomiso— la orden judicial es fundamental —sin ella la incautación y el decomiso no se estabiliza jurídicamente—, por lo que adicionalmente la carta rogatoria tiene un contenido definidamente jurisdiccional, no fiscal. La incautación se consolida mediante una resolución judicial, sea originaria o confirmatoria; luego, el Fiscal, por no ser su atribución legal, no está autorizado para cursar directamente cartas rogatorias en este ámbito.

Una excepción se da en el delito de contrabando, en que la incautación la realiza el Fiscal, sin intervención judicial (artículo 13 de la Ley n.º 28008, de 19-6-2003); luego, solo en este caso el Fiscal puede instar la carta rogatoria.

5.4. Las medidas preventivas contra personas jurídicas

La finalidad de las medidas contra las personas jurídicas previstas en el art. 105 CP es prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Como se trata de medidas satisfactivas o anticipatorias ha de ponderarse la presencia del *fumus delicti*: realidad del delito y vinculación de que su realización haya sido ejecutada por una persona natural en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica o ha utilizado su organización para favorecerlo o encubrirlo. El legislador ha optado —para construir la teoría de la imputación de las personas jurídicas— por un modelo de responsabilidad derivada (o indirecta) de la responsabilidad de las personas que actúan en su nombre [Zúñiga Rodríguez] La vinculación de la persona jurídica con la realización de un hecho punible se analiza a partir de tres aspectos fundamentales: **(i)** el delito se haya cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, para lo cual lo determinante es que la persona o el imputado haya realizado el hecho ilícito dentro del ámbito de actuación de la persona jurídica; **(ii)** la organización de la persona jurídica se haya visto favorecida con la comisión del hecho delictivo, es decir, se trata de actos de cooperación o favorecimiento al delito que se hacen empleando la estructura de la persona jurídica; y, **(iii)** se utiliza la persona jurídica para encubrir el delito, en cuyo supuesto se trata de actos materializados con posterioridad a la comisión del evento criminal [García Caverro].

En lo que respecta al *periculum in mora*, debe ponderarse la incidencia de la medida en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma –regla de proporcionalidad–. Se conoce como juicio de peligrosidad objetiva de la estructura social [García Caveró]. Según el inc. b del apdo. 2 del art. 313 NCPP, se requiere peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculizará la averiguación de la verdad o se cometerán delitos de la misma clase de aquel por el que se procede.

Al tratarse de una medida de coerción –aunque de naturaleza real–, la adopción de la medida requiere de la aplicación de un test de proporcionalidad por parte del juzgador que abarca un juicio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, donde se deberán de abarcar dos aspectos importantes: **(i)** el juicio de proporcionalidad no solo debe considerar la finalidad preventiva de la medida, sino también los intereses de los trabajadores y acreedores afectados con la imposición de la medida; **(ii)** el juicio de necesidad debe establecer no solo si impone una consecuencia accesoria, sino también debe elegir cuál de ellas se impone en el caso concreto [García Caveró].

El art. 313.1 NCPP ha efectuado un listado cerrado de medidas que el juez penal puede aplicar respecto a las personas jurídicas: **(i)** la clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos que hayan sido utilizados para la comisión, favorecimiento o encubrimiento del delito. (Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, FJ 15); **(ii)** la suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades. En el caso de suspensión temporal solo deberá recaer sobre aquellas actividades estratégicas u operativas que se relacionen con el delito cometido o con su *modus operandi* y efecto (Acuerdo Plenario n.º 7-2009/CJ-116, FJ 15); **(iii)** el nombramiento de un administrador judicial, a fin de que dicha persona se encarga de las labores de gestión y administración de la persona jurídica y evitar, de esa forma, la comisión de un nuevo hecho delictivo; **(iv)** el sometimiento a vigilancia judicial, que tiene por objeto la evitación o continuación del hecho punible, con la nota esencial de visitas periódicas por parte de un representante designado por el juez penal; **(v)** anotación o inscripción registral del procesamiento penal, esta medida –cuya similitud es innegable a la medida de anotación de demanda en registros públicos– prevista en el art. 673 del Código Procesal Civil, tiene por objeto asegurar la publicidad de los procesos frente a la eventualidad de sentencias condenatorias que recaigan –en el aspecto de la reparación civil– sobre bienes muebles e inmuebles para poder ser opuestas a terceros adquirientes del bien o a cuyo favor se constituye un derecho real sobre este. Es decir, esta medida anuncia a terceros la existencia del proceso y enerva la eficacia de la fe pública registral de manera negativa al impedir que un tercero de buena fe la alegue a su favor.

El plazo de duración de estas medidas es de dos años y medio, y cuando se refieran a delitos ecológicos estarán vigentes hasta que se subsanen las afectaciones al medio ambiente.

Además de las medidas establecidas en el artículo 313.1 del NCPP, la ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de la persona jurídica por el delito de cohecho transnacional, el juez puede ordenar, a pedida de parte, dos prohibiciones adicionales: 1. Prohibir futuras actividades de la misma clase o naturaleza, por las que se habría cometido, favorecido o encubierto el delito. 2. Suspender la contratación con el Estado.

Estas medidas adicionales proceden siempre que existan suficientes elementos probatorios, que sea indispensable para prevenir los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad. El plazo no será mayor que la mitad del tiempo fijado para las medidas de carácter temporal previstas en el artículo 5 de la ley que regula la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por el delito de cohecho activo transnacional.

5.5. Medidas anticipadas, desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos

El desalojo preventivo y la pensión anticipada de alimentos son medidas satisfactivas o anticipatorias –medidas temporales sobre el fondo– de carácter excepcional (art. 312 NCPP). Estas y, en general, toda medida anticipativa o anticipatoria, en atención a sus características especiales, han de tener como presupuestos: **1)** la cuasicerteza del derecho y **2)** la necesidad impostergable de la víctima –así, art. 674 CPC–; esto es, mayor entidad probatoria del *fumus* y un agregado especial respecto del *periculum* [Rivas].

El NCPP reconoce dos medidas anticipativas específicas y las medidas genéricas. Las primeras, buscan cubrir la responsabilidad pecuniaria por la comisión del delito, derivada, de un lado, de la necesaria atención a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo; y, de otro lado, el derecho a la restitución del bien como consecuencia de la pérdida de su posesión por un acto delictivo evidente. Las medidas genéricas expresan la necesidad de su imposición en la evitación de la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, y en la anticipación provisional de las consecuencias pecuniarias del delito.

El rasgo característico de estas medidas es su excepcionalidad, en cuya virtud solo se aplicarán si sus presupuestos específicos concurren en su máxima expresión acreditativa, siempre que otras medidas de coerción reales no puedan ser aplicables. Además, ha de tomarse en cuenta los daños que puede generar en el afectado por la medida. La irreversibilidad debe contemplarse como un elemento de contrapeso a su aplicación, aunque debe estarse al juicio de necesidad respecto de la víctima y las necesidades del proceso.

En cuanto al ámbito propio de la pensión anticipada de alimentos, según el art. 314 NCPP, se debe imponer, en principio, respecto de cinco delitos: homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual y de violencia familiar, siempre y cuando hayan imposibilitado a los agraviados de obtener el sustento para sus necesidades. Rige en este ámbito el art. 472 del Código Civil, que define el concepto de alimentos. La modalidad del pago, el monto de la asignación fijada, que ha de solventar el imputado o el responsable civil será por mensualidades, sin perjuicio que se descuenten una vez se dicte la sentencia firme. Se trata de un supuesto excepcional –que garantiza el eventual derecho de reparación de la víctima del delito– que se aplica en las siguientes circunstancias: **(i)** imposibilidad de los agraviados de obtener un sustento para sus necesidades, como es el caso de los hijos huérfanos por la muerte de sus padres; **(ii)** la incapacidad de trabajar del agraviado [Sánchez Velarde]. Ambas circunstancias fácticas deben ser acreditadas por las partes, para que el pedido sea fundado.

De otro lado, con relación a la medida de desalojo preventivo, se trata de una medida de carácter urgente destinada a restituir la posesión que indebidamente ha sido usurpada al legítimo

poseedor o propietario-poseedor de un bien inmueble. El presupuesto para su dictación es que exista un *fumus* y que se encuentre debidamente acreditado el derecho del agraviado. Aquí no se hace referencia al peligro de reiteración, sino a las consecuencias de mantener una situación hasta el momento de declarar definitivamente, por sentencia firme, que es delictiva [Shiavo].

En cuanto al procedimiento, el fiscal o el agraviado solicitarán la medida al juez, quien, sin trámite alguno, deberá resolver el pedido en 24 horas. Aprobada la resolución, el juez está obligado a ordenar el desalojo preventivo, y tiene un plazo de 72 horas para ejecutar la medida. Esta solicitud se puede presentar tanto en la etapa de investigación preliminar como en la investigación preparatoria. Procede recurso de apelación, el cual tiene carácter suspendido. En un plazo de 24 horas se eleva el expediente a la Sala Penal, la cual resuelve en un plazo no mayor a tres días.

5.6. Secuestro conservativo

El art. 312-A NCPP, introducido por el D. Leg. n.º 1190, de 22-08-15 –norma que incluso adelanta la vigencia a nivel nacional de esa norma (en pureza para los distritos judiciales en los que aún no se aplica el Código Procesal Penal), así como de la suspensión preventiva de derechos, estatuida en los art. 297 al 301 NCPP, y las medidas preventivas contra las personas jurídicas del art. 313 del indicado Estatuto Procesal–, incorpora la institución del denominado secuestro conservativo, que, en concordancia con el Código Procesal Civil, que lo tipifica como una medida cautelar con desposesión del bien de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez, a fin de asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial (art. 643 CPC), en el caso del proceso penal se configura como una medida de coerción civil –asegura la reparación civil–, circunscripta a vehículos motorizados –motos, automóviles, camionetas, camiones, tractores, etcétera–.

Como regla general el secuestro conservativo solo puede recaer en vehículos motorizados de propiedad del imputado o del responsable civil, y busca cautelar o asegurar la reparación civil que corresponda cuando el delito causó daños resarcibles a la víctima. Esta medida importa la desposesión física del vehículo motorizado y su entrega a un custodio designado por el juez, obviamente a instancia de parte. Aun cuando la norma precisa que el sujeto legitimado es el fiscal, solo lo será cuando no la víctima no se ha constituido en actor civil, en cuyo caso es obvio que la legitimación la tiene esta última.

El apdo. 2, que comprende solo a los delitos de lesiones culposas o de homicidio culposo cometidos con el uso de un vehículo automotor de transporte público o privado, insiste en la legitimación del fiscal para solicitar el secuestro conservativo, salvo que la parte legitimada –el actor civil– lo haya solicitado previamente. La norma presentará problemas de aplicación, a menos que se interprete que el fiscal podrá garantizar la reparación civil hasta antes de que el perjudicado por el delito se constituya en actor civil. Por otra parte, el vehículo automotor afectado debe ser instrumento del delito y en este solo supuesto no se exige que sea de propiedad del imputado o del responsable civil, pues en el caso del apdo. 1, de aplicación general, esta relación no es necesaria. Una tal exégesis, empero, podría afectar irrazonablemente el derecho de propiedad.

La solicitud de secuestro conservativo debe identificar el vehículo materia de dicha medida de coerción real. El juez la resuelve sin trámite alguno –no se corre traslado ni se cita para la realización de una audiencia–. El custodio que se designe no puede ser el propio imputado o un responsable civil. La impugnación, como regla general, solo procede una vez ejecutada la medida y luego de la notificación –dentro del tercer día–. Es inadmisibles cualquier pedido destinado, directa o indirectamente, a impedir o dilatar la concreción de la medida, por lo que es obvio estimar que la impugnación, aun cuando fuere sin efecto suspensivo, solo se tramita –se difiere su elevación al Tribunal Superior– ejecutado el secuestro conservativo.

Como se trata de una medida de coerción, es posible su sustitución o variación por una garantía dineraria o patrimonial –de un bien libre– que permita asegurar el pago de la reparación civil.

En los procesos por delitos de lesiones u homicidio culposo cometidos mediante vehículo automotor –y solo en esos casos–, cuando este resulta dañado considerablemente, se podrá entender el secuestro conservativo con otro bien que identifique el sujeto legitimado en una lógica proporcional a la magnitud del daño sufrido por el vehículo automotor y a lo que deberá pagarse, en su día, por concepto de reparación civil.

La entrega del vehículo automotor materia del secuestro conservativo está sujeto, como en los delitos de contrabando y tráfico ilícito de drogas, a la expedición de una sentencia absolutoria, de un auto de sobreseimiento o de un auto equivalente –que extinga la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia– firmes. Un tercer propietario del bien, ajeno al delito, ¿debe esperar a que concluya el proceso? Pareciera que esa es la intención de la norma, aunque no se prohíbe expresamente la posibilidad de desafectación del bien (art. 624 CPC) o la interposición de una tercería excluyente de dominio; aunque, en clave restrictiva, puede interpretarse que la limitación solo funciona para el supuesto del apdo. 2, que no exige la titularidad del bien a cargo del imputado o del responsable civil.

Es interesante, aunque poco sistemático, establecer que, sin perjuicio del secuestro conservativo, el fiscal –ahora sí, correctamente porque se trata de consecuencias jurídico-penales– puede solicitar la imposición de las medidas de coerción de suspensión preventiva de derechos o preventivas contra las personas jurídicas