

---

# La Coerción Real y las Consecuencias Civiles Ex-Delito

ARSENIO ORÉ GUARDIA

Abogado. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (\*) y de la UNMSM

## 1.- Introducción

Las consecuencias jurídicas del delito, cuyo estudio -a decir de Jescheck<sup>1</sup>- posee hoy el mismo rango científico que desde siempre se ha atribuido a las cuestiones de la teoría del delito, supone una distinción preliminar, puesto que, la realización de un hecho delictivo puede generar tres tipos de consecuencias. En primer lugar, las « **consecuencias jurídicas de carácter estrictamente punitivo** », conformadas por la pena privativa de libertad o cualquier otra pena -de acuerdo al artículo 28 del C.P. Luego tenemos las « **medidas de seguridad**, y finalmente, encontramos aquéllas **consecuencias de naturaleza civil** » que, en la medida de que el ilícito penal produzca un daño material o personal a la víctima o a un tercero, generarán la aplicación de la reparación civil, la restitución del bien o el pago de la indemnización correspondiente.

Tanto las penas y las medidas de seguridad son consideradas por la doctrina como consecuencias jurídicas principales y directas del delito, mientras que la responsabilidad civil es considerada como una consecuencia principal e indirecta.

Es precisamente en el ámbito de las consecuencias civiles ex delito que se ubica la institución de la coerción en cuya existencia procesal encuentra su razón de ser, justamente en la necesidad de proteger o asegurar de manera preventiva el efectivo cumplimiento de la responsabilidad civil contenida en la sentencia.

La presente exposición pretende desarrollar los principios, conceptos, presupuestos aplicativos y categorías de mayor importancia, puesto que como señala Juan Monroy Gálvez<sup>2</sup> en el tema cautelar lo menos trascendente, mejor aún lo irrelevante, es el trámite o procedimiento para obtener una medida cautelar. Es importante la medida en sí, qué duda cabe, pero también lo es el hecho de que la actividad cautelar tiene requisitos, características y desarrollo propios.

## 2. La Víctima: razón de ser de la coerción real

La idea generalizada de que la mayor afectación del proceso penal recae sobre el imputado, en la medida de que el Estado limita el ejercicio pleno de su libertad personal, ha determinado -tanto en términos teóricos como de política legislativa- una mayor preocupación por el estudio y tratamiento de la coerción personal en desmedro de la coerción real.

Muestra palpable de este fenómeno la encontramos en el notable desarrollo legislativo comparado que logró delimitar los presupuestos aplicativos de la detención, cuya fuente indiscutible para nuestra legislación es el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica<sup>3</sup>.

En el ámbito nacional este fenómeno se manifestó a través de la urgencia -a todas luces justificada- de implementar la vigencia parcial del Código

---

\* Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por Derecho y Sociedad, la Universidad Católica y la Universidad de Castilla - La Mancha. Octubre de 1997.

<sup>1</sup> Jescheck, H.H Tratado de derecho penal. Parte general. Vol II. P. 1045.

<sup>2</sup> MONROY GALVEZ, Juan. A propósito de una crítica al Código Procesal Civil (I). «El Peruano» 21 de Octubre de 1992.

<sup>3</sup> Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, arts. 203 y 204.

Procesal Penal de 1991 y particularmente de sus normas sobre cautela y contracautela personal<sup>4</sup>.

Esta constatación del proceso penal, característica de los últimos años, puede encontrar su explicación en la necesidad de que el proceso de reforma de la justicia penal en Latinoamérica formule respuestas o alternativas inmediatas a las más agudas taras de la cultura y procesamiento inquisitivos -aún presentes en nuestros días- entre las que obviamente resaltaba la ausencia de garantías para el procesado que se ponía de manifiesto al considerar la medida de coerción personal de detención como la regla y no la excepción.

Sin embargo, la afirmación de un proceso penal de corte acusatorio, -entre otro de sus postulados- requiere en respeto de los principios de igualdad de armas que equilibre los intereses de ofensores y ofendidos y, de una mayor participación de la víctima, el establecimiento de instituciones procesales orientadas a la tutela efectiva de sus derechos. Como puede advertirse, se viene extendiendo la idea de dejar de considerar al imputado como figura central del proceso y de otorgarle a la víctima un papel menos marginal.

En efecto, la reflexión a nivel internacional sobre el rol de la víctima en el proceso penal se ha incorporado como uno de los retos de la criminología moderna y se ha manifestado fundamentalmente a través de dos vertientes: la primera que busca incrementar las facultades y participación del agraviado en el desarrollo del proceso y en el ejercicio de la acción penal y, la segunda, de mayor arraigo en la actualidad, se encuentra fuertemente vinculada con el intento de otorgarle un mayor espacio al resarcimiento del daño ocasionado por el delito.

La importancia político criminal de la reparación en el proceso penal se funda en sus posibilidades recompositivas, atenuantes y hasta preventivas, que según Roxin<sup>5</sup> se manifiestan en los siguientes extremos: en primer lugar, cuando el autor repara con sus medios el mal acusado, momento en el que independientemente incluso del castigo, la víctima y la sociedad verán superado el daño social provocado por el delito. En segundo lugar, la exigencia de la reparación obliga al autor a colocarse frente a las conse-

cuencias de su hecho y a considerar los intereses legítimos de la víctima, los cuales serán mejor percibidos por él que a través de la pena. Finalmente, la reparación puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y con ello facilitar esencialmente una reinserción del autor.

Todas estas consideraciones pueden explicarnos por qué muchas veces el interés de la víctima está dirigido no tanto a la condena penal del autor sino más bien a lograr una adecuada y pronta reparación, razón por la que al constatar la ineficacia de la vía penal para la satisfacción de dicha pretensión, debe optar por recurrir a la vía civil, convirtiendo al proceso resarcitorio en más oneroso no sólo para la víctima sino también para el propio Estado.

Es por ello que desde el punto de vista político-criminal y en términos de costo-beneficio resultaría conveniente que la vía penal sea la que pueda garantizarle a la víctima una eficaz reparación civil, objetivo que no podrá ser alcanzado sin la constitución de instrumentos procesales eficaces que eviten la carga psicológica y económica que supone iniciar un nuevo procedimiento.

Alberto Binder<sup>6</sup> indica por ello que, el resarcimiento de la víctima es un imperativo que surge del principio del poder penal como última ratio y modifica los fines tradicionales del proceso penal, que no puede ser pensado únicamente como un proceso de cognición, sino como un método de pacificación, abriendo sus puertas a la reparación integral como verdadera solución del conflicto.

Es en ese orden de ideas que si intentamos ser coherentes con la afirmación de esta tendencia, desde el plano procesal, tendremos que aceptar la necesidad de otorgarle a la institución de la cautela real la misma importancia que a la coerción personal, dado que -como se señaló- sus principales fines radican precisamente en proteger y garantizar una eficaz ejecución de las consecuencias civiles que un delito puede generar, así como en el aseguramiento de la actividad probatoria, fines que en buena cuenta pueden contribuir notablemente no solo a un eficaz desarrollo del proceso a la protección de los intereses de los afectados por el delito sino también a la redefinición misma del conflicto.

<sup>4</sup> Artículo 2° del Decreto Legislativo 638 del 25 de Abril de 1991.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. Política criminal y estructura del delito. 1992. p.29.

<sup>6</sup> BINDER, Alberto. Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina en: Contribuciones. 3/6. Chile 1996.

### 3. LA COERCION EN EL PROCESO PENAL

Puesto que entre la hipótesis delictual y su comprobación jurisdiccional media el desarrollo del proceso, se hace necesario proteger su normal desarrollo y sus fines, dado que, el presunto responsable puede fugarse, puede perturbarse la actividad probatoria y los bienes afectados al proceso pueden desaparecer, todo lo cual convertiría a la resolución final en ineficaz.

Es necesario, por tanto, que se adopte una serie de medidas de carácter provisional con el fin de asegurar la futura sentencia. A este propósito está destinada precisamente la denominada «actividad cautelar» o «actividad coercitiva».

#### 3.1 Definición

Señala Clariá Olmedo que por coerción procesal se entiende, en general, toda restricción al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto<sup>7</sup>.

Toda medida cautelar tiene por finalidad prevenir las contingencias que pueda afectar a las personas, bienes o medios de prueba durante el desarrollo del proceso asegurando las condiciones para el cumplimiento de la sentencia.

La finalidad de las medidas de coerción -señala Julio Maier- no reside en la reacción del derecho frente a la infracción de la norma, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento<sup>8</sup>.

#### 3.2 Clasificación

La clasificación más general de las medidas de coerción atiende a un criterio fundamental: el bien jurídico sobre el cual recae la aplicación de estas medidas. Por ello suele distinguirse entre **coerción personal** cuando recaen sobre la libertad personal del procesado (detención, incomunicación, etc) y, **coerción real**, cuando

recaen sobre bienes materiales patrimoniales del procesado o de terceros, restringiendo su libre disponibilidad (secuestro, incautación, allanamiento, embargo, etc.)

### 4. LA COERCION REAL

Resulta probable que durante el desarrollo del proceso puedan suscitarse hechos o actos que pongan en riesgo la ejecución de la sentencia definitiva, por ejemplo, existe el peligro de que los bienes o cosas afectados al proceso puedan desaparecer, que elementos importantes para la actividad probatoria puedan ser sustraídos, o que el inculcado se despatrimonialice, provocando su insolvencia para no asumir las consecuencias económicas de su delito.

La coerción real puede definirse como la limitación de los derechos patrimoniales del procesado a través de medidas concretas que recaen sobre elementos probatorios distintos de las personas mismas, o sobre los bienes del imputado o de terceros civilmente responsables, para asegurar la actividad probatoria o las responsabilidades pecuniarias ante la posibilidad de una sentencia condenatoria.

#### 4.1 Naturaleza Jurídica

Aproximarnos a la naturaleza jurídica de la actividad cautelar real en materia penal y en particular de « aquellas destinadas al aseguramiento de las consecuencias civiles ex delito », implica remitirnos necesariamente a los principales postulados que en este punto se esgrmieron en la teoría general del proceso.

El derecho romano conoció algunas medidas preventivas, mas no tenían una visión autónoma del proceso cautelar. Señala Franco Lancellotti que fue en la doctrina alemana donde aparecieron las primeras tentativas por fijar un concepto procesal de esta clase de medidas y de estructurar su sistematización.

No obstante, fueron los grandes procesalistas italianos de este siglo los que plantearon las construcciones conceptuales más elaboradas y consistentes sobre este tema, que pueden diferir en muchos aspectos, pero que coinciden en el reconocimiento de la autonomía del proceso

---

<sup>7</sup> CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal. T.V. Ediar. Buenos Aires. 1966. ps. 219 y ss.

<sup>8</sup> MAIER, Julio. Derecho procesal penal argentino. T. II. Hamurabi. Buenos Aires, 1989, p.281.

cautelar y su posición como tercer tipo de proceso, junto a los de conocimiento y ejecución.

Entre los principales representantes de dicha escuela podemos encontrar a Chiavenda, Calamandrei y Carnelutti, siendo de destacar los aportes conceptuales del último, en la medida de que se adecuan mejor a los postulados del proceso penal y en particular a su modelo acusatorio.

En efecto, además de propugnar la autonomía del proceso cautelar respecto al de conocimiento y al de ejecución, Carnelutti afirmaba que la finalidad de la tutela cautelar es asegurar «un equilibrio inicial de partes» o a «evitar en el límite de lo posible cualquier alteración del equilibrio inicial».

Como puede notarse esta concepción de la cautela real es perfectamente asimilable a un proceso penal en el que no se persiga únicamente la aplicación de la ley penal per se, o se le dé mayor importancia a la tutela de los derechos del inculcado en desmedro de la parte perjudicada, sino que se oriente más bien a la mejor solución del conflicto dentro de un margen de igualdad de armas o equilibrio procesal.

Ahora bien, como quiera que hablar de la naturaleza jurídica es referirse al conjunto de notas o características esenciales que conforman y definen una determinada institución, es necesario establecer si las medidas de coerción que cautelan las consecuencias civiles del delito son de índole civil o penal.

Consideramos que es la naturaleza de la acción o de la pretensión cautelada la que a su vez determina la naturaleza de la respectiva medida de cautela a imponerse, por lo que al proteger la coerción real el efecto cumplimiento de la reparación, de interés privado y patrimonial, tendremos que concluir señalando que, aún cuando este tipo de coerción nace y se impone dentro del proceso penal, su naturaleza es estrictamente civil<sup>9</sup>.

En efecto, la postura mayoritaria hoy en día aboga por la naturaleza civil de la pretensión reparatoria ex delicto<sup>11</sup>. Razón por la que si bien las medidas de coerción real se encuentran recogidas en el Código Penal y en el Código de Procedimientos Penales, la naturaleza de estas normas no puede hacerse depender del cuerpo legal en que se hallen reguladas, sino más bien de la esfera jurídica en que produce sus efectos.

## 4.2 Supletoriedad de su regulación

Es la propia naturaleza civil tanto del objeto de la cautela como de la medida adoptada para su aseguramiento la que posibilita la regulación de la coerción real aplicando supletoriedad en el proceso penal disposiciones de carácter extrapenal.

Esa es la razón por la que, la tendencia en la legislación comparada más reciente está orientada a prescindir de codificar la actividad cautelar real en sede penal y por el contrario, se está optando por regularla a partir de la aplicación supletoria de la normatividad procesal civil, comercial y hasta mercantil. Este es el caso del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988<sup>12</sup>, el Código Procesal Penal de Guatemala de 1992<sup>13</sup> y, en este mismo sentido el Proyecto Procesal Penal de El Salvador de 1994 y el Anteproyecto de Código Procesal Penal de Paraguay del mismo año.

Siguiendo esta misma tendencia encontramos aquellas legislaciones que si bien contienen algunas normas referenciales sobre la ubicación de la actividad cautelar real en el proceso penal, los aspectos de mayor trascendencia procesal son regulados de manera supletoria. En esta orientación tenemos al Código Procesal Penal de la Nación Argentina<sup>14</sup>, el Código

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francisco. *Diritto e Processo*, pag. 256. Cit. por Humberto Theodoro Junior. Op. cit. p.52.

<sup>10</sup> Julio Maier señala al respecto que «... en alguna medida se puede decir que el derecho procesal penal tiene también por meta (accessoria o secundaria) realizar el derecho civil ex delicto y, efectivamente, cuando se ejerce la acción civil reparatoria, se aplica por esta vía normas de derecho civil y consecuencias jurídico civiles...» *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires. 1989. p.211.

<sup>11</sup> Dentro de esta posición: Cono del Rosal/Vives Antón P.G. pp.26 y 761; Mir Puig PG p.15; García-Pablos de Molina PG p. 25; García Arán PG p.618; Morillas Cueva. *Teoría* p.142. Citados por Luis García Martín, Op. Cit. p.466.

<sup>12</sup> Art. 222.- «... el embargo de bienes, la inhibición y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución, se regirán por la ley de procedimientos civiles...».

<sup>13</sup> Art. 278.- «... el embargo de bienes, y las demás medidas de coerción para garantizar la multa o la reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías, se regirán por el Código Procesal Civil y Mercantil...».

<sup>14</sup> Código Procesal de la Nación Argentina (Ley 23984) Art. 520.- «... Con respecto a la sustitución del embargo o inhibición, orden de bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variación del embargo, honorarios y tercerías, regirán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...».

de Procedimiento Penal Colombiano<sup>15</sup> y más recientemente el Proyecto de Código de Procedimiento Penal de Chile.

La legislación nacional vigente ha normado expresamente lo relativo al embargo preventivo (Art. 94 y ss del código de Procedimientos Penales). Por su parte el Proyecto de Código Procesal Penal de 1996, a diferencia de la tendencia legislativa comparada, ha optado por codificar la actividad cautelar real, no obstante ello, consideramos que resulta factible y justificada la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, máxime si la Primera Disposición Final de dicha norma civil señala que «... las disposiciones de este código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza...»

Entre los principales artículos del Código Procesal Civil que resultarían supletoriamente aplicables al proceso penal podría señalarse: 610 incs. 1.2.3, 611, 612, 617, 619, 637, 639 y 641.

### 5. CLASIFICACION DE LA COERCION REAL

La clasificación de la cautela real puede obedecer fundamentalmente a la finalidad que persigue su imposición en el proceso penal. Señala Fenech<sup>16</sup> que los actos cautelares reales pueden tener, a su vez, dos finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba, o asegurar las responsabilidades civiles consecuencia del hecho punible.

De acuerdo a este criterio, podemos clasificar las medidas de cautela real de la siguiente manera: por un lado las destinadas al aseguramiento de la actividad, investigativa y probatoria y, por el otro, las medidas que cautela la ejecución de las consecuencias civiles ex delicto.

« Las medidas cautelares orientadas al aseguramiento de la actividad probatoria» tienen por función conservar en su estado inicial cualquier bien, objeto y en general todo elemento de prueba para que puedan ser incorporadas y valoradas por el órgano jurisdiccional en el momento pertinente, y puedan así servir de eficaz sustento de la sentencia.

Su función, indica Gimeco Sendra<sup>17</sup>, no es sino la de conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el órgano judicial competente para el conocimiento y fallo.

Dentro de éstas encontramos al secuestro y apertura de correspondencia y de documentos privados, la incautación y exhibición forzosa de cosas, o el registro domiciliario, el allanamiento, etc.

« Las medidas que cautelan la ejecución de las consecuencias pecuniarias», son aquellas que están vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones de carácter

patrimonial o económico que se originan con la sentencia condenatoria. Así, el objeto de aseguramiento en esta clase de medidas de coerción real no es más que el efectivo cumplimiento de la reparación civil, que de acuerdo al artículo 93 del Código Penal comprende la restitución del bien, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios.

Dentro de este rubro encontramos la medida de embargo, la misma que al asegurar la consecuencia civil del delito se constituye en al medida cautelar real por excelencia en el proceso penal, cuya eficacia puede estar determinada -en términos generales- por el momento de su imposición, por la precisión y determinación del monto a embargar, así como por la calidad de los bienes afectados.

---

*«.. aún cuando este tipo de coerción nace (...) dentro del proceso penal, su naturaleza es estrictamente civil»*

---

<sup>15</sup> Código de Procedimiento Penal Colombiano, Decreto 2700 de 1991, Art. 52.- «...Una vez decretado el embargo y secuestro, tanto su práctica como el régimen de formulación, decisión y trámite de las oposiciones a la misma, se adelantarán conforme a las normas que regula la materia en el Código de Procedimiento Civil...»

<sup>16</sup> FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. Labor. Barcelona. 1952 p. 120.

<sup>17</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y Otros. Derecho Procesal, Proceso Penal. Tirant lo blanch. Valencia. 1993. p.386.

## 6. ELEMENTOS DE LA CAUTELA REAL

A partir de la definición antes señalada podemos apreciar que los elementos conformantes de toda relación procesal afectada por la imposición de una medida de cautela real son: el sujeto obligado y el objeto del aseguramiento cautelar.

**6.1 Sujeto Obligado** a la medida así como al pago de la reparación civil pueden ser en primer término el autor del delito y en segundo lugar el tercero civilmente responsable.

«El autor del delito o imputado» es el obligado a asumir tanto las consecuencias penales como las civiles del delito. Coral Aranguena señala que se trata de la persona que presuntamente aparece como tal al concurrir respecto de ella indicios racionales de criminalidad, por tanto, es quien, de recaer en su día la sentencia condenatoria, deberá hacerse cargo de todas las responsabilidades pecuniarias que en la misma se hubieran declarado; es por eso que contra ella se deberá imponer -en primera instancia- las medidas cautelares reales.

Ese es el sentido del artículo 94° del Código de Procedimientos Penales y 1941 del Proyecto de Código Procesal Penal, según los cuales es al imputado al que se le restringirá el derecho de disposición de determinados bienes para garantizar mediante el embargo el pago de la posible reparación civil.

«El tercero civil responsable», es el sujeto procesal contingente, distinto del imputado, sobre el cual recae la pretensión de resarcimiento en forma solidaria, responsabilidad conocida también como indirecta o responsabilidad por el hecho ajeno, dado que la obligación de indemnizar se transfiere y puede ser demandada por la víctima a quienes, sin ser autores materiales del delito y del hecho que ocasionó el perjuicio, se hallan legalmente vinculados a éstos.

Según sea el caso, el tercero civil responsable podrá ser una persona individual o podrá asumir la forma de una persona jurídica.

A partir de una aplicación supletoria del artículo 1981 el Código Civil observamos que para que opere la responsabilidad de una persona jurídica como tercero

civil por los perjuicios que ocasiona el delito cometido por un dependiente subordinado o bien por sus propios órganos directivos, deberá tenerse en cuenta los siguientes requisitos: 1. Que exista comprobada dependencia y, 2. « Que el hecho se haya realizado durante el ejercicio de la función .»

Cabe destacar entre estos requisitos el segundo, en el entendido de que para considerar a una persona jurídica como tercero civilmente responsable, y consecuentemente extenderle los alcances de una medida cautelar real, será necesario que el delito y el daño ocasionando por el sujeto dependiente haya sido cometido durante el desempeño de un servicio que le ha sido encomendado, de tal modo que el sujeto que cometió el delito no haya actuado según su propio arbitrio sino sometido a la dirección y posible intervención de los órganos directivos de la persona jurídica.

Efectivamente, la doctrina es pacífica en entender que la responsabilidad de una persona jurídica -que actúe como principal- no puede quedar nunca comprometida por una conducta delictiva de un sujeto dependiente que actúe abusando de su función -ya sea a través de una mala o aparente ejecución de dicha función-. En este sentido -señala Martínez Coco<sup>18</sup>- de no existir este hecho desaparecerá el fundamento de la responsabilidad del principal [la persona jurídica], que no estará así obligado a reparar daño alguno, y en consecuencia tampoco podría convertirse en sujeto pasivo de una medida cautelar real.

**6.2 El objeto del aseguramiento** está constituido por los intereses fundamentalmente de carácter pecuniario que son materia de la pretensión punitiva, se ventilan dentro del proceso penal, y que son protegidas con la imposición de la medida.

No siempre la determinación del objeto del aseguramiento cautelar se limita a la pretensión reparatoria, característica peculiar de la regulación de este instituto procesal en nuestro país, sino que puede abarcar otro tipo de obligaciones de contenido pecuniario, y que trascienden lo estrictamente resarcitorio. Ortells Ramos indica en ese sentido que, respecto a las responsabilidades pecuniarias que en un proceso penal pueden declararse debe hacerse una distinción esencial: unas forman parte de la responsabilidad penal

<sup>18</sup> MARTÍNEZ COCO, Elvira. La responsabilidad por el hecho de los dependientes (A propósito de la consideración de Faucett S.A. como «Tercero civilmente responsable» en el proceso penal seguido contra Alfredo Zannatti) en, Ensayos de derecho civil I. San Marcos. Lia. 1997. p.385.

(como la pena de multa), otras se integran en la responsabilidad civil ex delicto<sup>19</sup>.

Este criterio ha sido recogido en la legislación procesal comparada, principalmente en España, así como también en Colombia y Guatemala, que incluyen como objeto del aseguramiento cautelar real, junto a la reparación civil, la imposición de la pena de multa y además el pago de costas resultantes del proceso<sup>20</sup>. En esta misma línea podemos citar al Proyecto de Código de Procedimiento Penal del Ecuador.

### 7. PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Dado que toda medida de coerción -en particular las de carácter real- suponen la utilización de la fuerza para la limitación de derechos fundamentales de la persona, como la libertad individual, intimidad, inviolabilidad de domicilio, propiedad, etc, su regulación y aplicación debe de respetar las limitaciones que establece tanto la Constitución como los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos para el ejercicio de la acción penal por parte del Estado.

En esa línea, la aplicación de la coerción real puede fundarse en los siguientes principios:

#### 7.1 Proporcionalidad

Principio conforme al cual la medida adoptada debe ser adecuada o apta para alcanzar el objetivo pretendido. La intensidad de la medida debe ser proporcional al fin perseguido y al peligro de que éste se frustre.

Aranguena Fanego<sup>21</sup> señala que la medida adoptada debe ser adecuada para el logro del fin perseguido respetando lo más posible la libertad del individuo, de una parte, y de otra, debiendo existir una relación razonable entre el resultado buscado y los límites a la libertad necesarios para obtener ese resultado.

Así, en términos económicos, debe existir así una relación razonable entre medida impuesta y entidad o magnitud del perjuicio ocasionado por el delito, cuya reparación se tutela con la medida cautelar.

Especial situación se presenta en el caso del denominado delito masa -incorporado a nuestro ordenamiento penal por la Ley 26683- y vinculado mayormente a la afectación bienes jurídicos de naturaleza patrimonial, modalidad delictiva en la que -dado el número de sujetos agraviado- se produce una mayor afectación y perjuicios, debiendo incrementarse también el margen de responsabilidad civil del inculpaado. En ese sentido, el órgano jurisdiccional tendrá que tasar -por ejemplo- con mayor precisión el monto materia de embargo con la finalidad de hacer efectiva una reparación civil capaz de cubrir la pretensión resarcitoria de la pluralidad de afectados.

#### 7.2 Prvisionalidad

En virtud de la cual los efectos derivados de las medidas cautelares tienden duración limitada, dado que están destinadas a extinguirse una vez que sea dictada la sentencia. Así en un caso de absolución serán levantadas de modo definitivo, y en caso de condena serán convertidas en medidas ejecutivas.

Ahora bien la sentencia no va a ser la única resolución que determine la extinción de las medidas cautelares reales, ya que ésta también se producirá cuando se haya dictado auto de sobreseimiento o también cuando desaparezcan los presupuestos en función de los cuáles fueron impuestas.

La provisionalidad tiene como consecuencia una limitación de la duración de la relación cautelar, que hace admisible la invasión de la esfera jurídica individual por el período estrictamente necesario para llegar a obtener la resolución final.

El fundamento o «ratio» de la provisionalidad -como señala Sapienza<sup>22</sup> puede encontrarse en la exigencias de atenuar el poder atribuido al Juez de disponer

---

<sup>19</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal. Madrid. 1994. p.579.

<sup>20</sup> Código Procesal Penal de Guatemala de 1992 (Artículo 278) y, el Código de Procedimiento Penal en Colombia Modificado Ley 190 de 1995 (Artículo 37). En este mismo sentido el Proyecto de Código Procesal del Ecuador de 1995 (Art. 243).

<sup>21</sup> ARANGUENA FANEKO, Coral. Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español. Bosh. Barcelona. 1991. p.125.

<sup>22</sup> SAPIENZA, Carmelo. Citado por Fanego Aranguena. Ibid. p. 87.

medidas que gravan la esfera de actuación de un sujeto sobre la base de una «cognitivo sumaria».

Este carácter privisorio de la coerción, y en particular de la real, se manifiesta además en el hecho de que durante el curso del proceso la medida cautelar podrá ser levantada, reducida o ampliada, como se encuentra reconocido en el artículo 132 del Proyecto de Código Procesal Penal, así como en el artículo 612 del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable.

### 7.3 Necesidad

Principio por el cual las medidas coercitivas se impondrán en la medida estrictamente necesaria. Se trata de responder a la interrogante de si esa medida concreta es la precisa para asegurar una probable sentencia condenatoria, y de si dicha medida no va más allá de lo estrictamente necesario para ser eficaz. Se trata por tanto de ponderar medida a imponer e interés público.

Este principio guarda una gran relación con el de proporcionalidad, en cuanto tiende a constituirse en criterio operativo para vedar cualquier intromisión en la esfera privada del individuo que se sustenten en la necesidad de protección de bienes o intereses públicos o generales.

Una de las manifestaciones más importantes de este principio la podemos encontrar en la facultad que posee el Juez de poder disponer provisionalmente -inclusive antes de iniciado formalmente el proceso- las medidas que considere pertinentes para hacer cesar el estado antijurídico de un hecho punible (Art.174 del proyecto de C.P.P.). Esta potestad del Juez para hacer cesar la actividad delictuosa se justificará siempre y cuando las medidas adoptadas no causen un perjuicio irreparable y las circunstancias lo permitan.

### 7.4 Oficialidad

Frente al carácter disponible que caracteriza las medidas cautelares reales en el proceso civil, cabe hablar en el ámbito penal de oficialidad en la medida que pueden ser impuestas «ex officio» por el Juez, cuando las estime necesarias para salvaguardar los fines del proceso.

El principio de oficialidad, como señala Fenech<sup>23</sup>, se descompone entre otros, en los siguientes extremos: «por un lado en que los órganos estatales encargados de la función acusadora hayan de cumplir con su deber sin necesidad de excitación del ofendido por el delito y, por otro, en que el Estado deba asegurar la remoción de cualquier obstáculo ilegítimo que se oponga a la persecución penal».

Cabe en este punto anotar una particular distinción entre la coerción personal y la real dentro del ámbito penal, dado que, mientras las medidas de coerción personal se aplican en el proceso penal únicamente a instancia del Ministerio Público, las medidas de coerción real pueden imponerse inclusive a petición de la parte civil.

### 7.5 Jurisdiccionalidad

Pues siendo las medidas cautelares reales un instrumento garantizador de la efectividad práctica de la resolución definitiva, y por ende, de la eficacia del desarrollo de toda la actividad procesal, es claro que su adopción está reservada a los órganos jurisdiccionales, estando -salvo casos excepcionales- vedada a los órganos administrativos e incluso a los policiales.

Esta potestad se caracteriza por dos notas relevantes: en primer lugar constituye una facultad «*inaudita pars*», puesto que, el juez debe resolver sin contradictorio, es decir, sin oír o conocer los fundamentos del sujeto pasivo de la medida cautelar; en segundo lugar, porque su resolución debe ser expedida de manera sumaria, pudiendo la parte afectada apelar el auto sólo al término de su ejecución.

Efectivamente, a diferencia de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso civil -señala Pedraz Penalva- no cabe hablar de disponibilidad en las medidas cautelares del proceso penal, sino de jurisdiccionalidad en un doble sentido puesto que las medidas se ordenan de oficio por el juez de instrucción, sin contracautela del perjudicado, y de que es el propio juez quien decide su alcance y cuantía<sup>24</sup>.

Aún cuando el modelo acusatorio que informa el Proyecto del Código Procesal Penal delega en el Ministerio

<sup>23</sup> FENECH, Miguel. El proceso penal. Madrid, 1982. p.9.

<sup>24</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Las medidas cautelares en el proceso penal. 1988. Madrid. p. 92.



Público la dirección de la etapa de investigación, las medidas coercitivas sólo eran dispuestas por el Juez Penal. Así ha quedado establecido en los artículos 133 del Proyecto de Código Procesal Penal de 1996 que señalan que las medidas coercitivas requieren resolución judicial debidamente motivada y, el artículo 134 que a su vez, dispone que las medidas coercitivas se impondrán por el Juez a solicitud del Ministerio Público.

Ahora bien, resulta necesario señalar que esta facultad para imponer las medidas cautelares no es, en modo alguno, una potestad indeterminada o autónoma sino más bien, una potestad vinculada, puesto que el juez no puede dictar más medidas cautelares que aquéllas legalmente previstas en la Ley.

### \* Excepciones al Principio de Jurisdiccionalidad

#### La coerción real en flagrancia

La excepción al principio de jurisdiccionalidad se presenta básicamente en los casos de flagrancia en los que, dada la naturaleza de las circunstancias, se hace materialmente imposible que el Fiscal asuma de inmediato la dirección de la investigación, siendo urgente la adopción de medidas inmediatas para preservar los elementos probatorios o para hacer cesar los efectos o perjuicios de la acción delictiva.

Estas medidas, por sus características, constituyen típicas medidas cautelares de naturaleza real y están reservadas fundamentalmente para el órgano policial durante la etapa de investigación policial preliminar, y según el Proyecto de Código Procesal Penal de 1996, comprenden la inmovilización de documentos, el allanamiento de locales, secuestro e incautación. (Art. 109 del Proyecto de C.P.C.).

Como quiera que la imposición de estas medidas no está sujeta a control efectivo alguno, la validez de sus efectos estará condicionada al presupuesto temporal de flagrancia, concepto que supone que la comisión del delito sea actual y en esa circunstancia el autor sea descubierto, o que exista el peligro inminente de su perpetración. A este efecto puede tenerse en cuenta los 370 y 371 del Código de Procedimientos Penales de Colombia, que establece como requisitos de la flagrancia: 1. La actualidad del hecho, 2.

Individualización del causante y, 3. Que el hecho por sí solo demuestre ilicitud.

#### El secuestro inmediato

Es el secuestro llevado a cabo por disposición del Fiscal sin previa resolución autoritativa del Juez y realizada por la existencia de peligro de destrucción, ocultamiento o cualquier otra amenaza de los elementos probatorios, casos en los que resulta impostergable disponer la inmediata aprehensión de una cosa u objeto relacionado con el delito, pues de lo contrario podría desaparecer o perjudicarse. En puridad, puede afirmarse que el fundamento de esta medida, recogida en el Art. 173 del Proyecto de Código Procesal Penal de 1996, se encuentra en el peligro por la demora, razón por la que se autoriza excepcionalmente al Fiscal a llevar a cabo la diligencia, debiendo luego éste solicitar, una resolución conformatoria del Juez.

#### La coerción real administrativa

El procedimiento administrativo tiene como finalidad solucionar mediante la intervención de una autoridad competente un problema administrativo, un reclamo o el reconocimiento de un derecho.

En este contexto en el que encontramos otra de las excepciones al principio de jurisdiccionalidad de la coerción real, en el entendido de que ciertos órganos de la administración (en este caso INDECOPI) están facultados para adoptar determinadas medidas en el curso de un proceso administrativo a efectos de hacer cesar los efectos de una infracción o proteger elementos de prueba.

Estas medidas alcanzan relevancia dado que los mismos hechos materia de un procedimiento administrativo pueden ser objeto de un proceso penal cuando existan indicios de la comisión de delito.

Es decir, si en el curso de una investigación administrativa o luego de concluida ésta se inicia un proceso penal en base a los mismos hechos, las medidas cautelares impuestas en sede administrativa podrán extender sus efectos al proceso penal.

Entre las principales medidas cautelares reales de naturaleza administrativa que puede imponer

INDECOPI, prescindiendo de la decisión jurisdiccional; tenemos la incautación, decomiso, y la suspensión de la actividad ilícita (Art. 176° del Dec. Leg. 822: Ley sobre el derecho de autor. 24/04/96).

## 8. PRESUPUESTOS APPLICATIVOS DE LA COERCION REAL

La naturaleza pecuniaria de los intereses cuyo resguardo persigue la coerción real determina que su aplicación, en el curso del proceso, se funde ya no en la peligrosidad procesal propia de la coerción personal (peligro de fuga o peligro de entorpecimiento), sino más bien en los presupuestos establecidos por la doctrina para la adopción de medidas de cautela real en cualquier clase de proceso, conocidos como el «*fomus boni juris*» y «*el periculum in mora*».

Resulta pertinente señalar, sin embargo, que dada la peculiaridad del proceso penal, dichos presupuestos adoptarán una configuración propia, que los distinga de su aplicación en el ámbito civil.

### 8.1 El *fomus boni juris*

Esta expresión tiene sus orígenes en el derecho romano, en el cual «la palabra *fomus* significa humo, es decir, se exigía que el peticionante tuviera un humo (apariencia) de derecho»<sup>25</sup>.

El *fomus boni juris* consiste en un juicio de probabilidad sobre la existencia de la situación de derecho sustancial, lo cual quiere decir que para la adopción de una medida cautelar de naturaleza real el juzgador debe realizar un cálculo de probabilidades del que pueda extraer la conclusión de que la sentencia declarará el derecho en sentido favorable a quien lo solicita.

Señala Calamandrei que se trata de derechos que sólo la sentencia condenatoria tendrá como ciertos, pero que es procedente asegurar su satisfacción, a partir del momento en que aparecen no sólo como posible, sino como probables<sup>26</sup>.

Ahora bien, cabe anotar que esta definición del *fomus boni juris* ha sido elaborada por la doctrina civil, por lo que no puede ser asimilada plenamente al proceso penal. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en sede civil, el juez penal no se pronunciará acerca de si la resolución final será favorable a quien solicita la medida cautelar, sino que su juicio de probabilidad versará más bien sobre la responsabilidad penal o los «indicios de criminalidad» del inculpado, sujeto pasivo de la medida. Esta valoración, acerca de la responsabilidad penal como presupuesto de la medida cautelar real tendrá que estar fundada en la «existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vinculen al imputado como autor del delito».

En esa línea -enseña Coral Aranguena- mientras que en el ámbito civil lo que va a ser objeto de valoración judicial es, predominantemente, la situación de quien pretende la tutela cautelar. En el penal, por el contrario, el enjuiciamiento recae sobre la situación del inculpado<sup>27</sup>.

El Código de Procedimientos Penales ha recogido en parte este criterio, dado que prescribe, por ejemplo, que cuando el Juez decreta mandato de detención - lo que implica prueba suficiente de responsabilidad penal - debe obligatoriamente ordenar que se traben embargo preventivo sobre los bienes del imputado. La necesidad de imponer en estos casos la medida de cautela real se explica -como señala Font Serra- porque, siempre que existan motivos suficientes para suponer a una persona responsable criminal, existen igualmente razones para presumir su responsabilidad patrimonial<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Temas de derecho procesal civil. Lima. Studium. 1987 p. 25.

<sup>26</sup> Calamandrei. Citado por Font Serra. La acción civil en el proceso penal. Madrid. 1994 p. 65.

<sup>27</sup> ARANGUENA FANECO, Coral. Op. cit. p. 28.

<sup>28</sup> FONT SERRA, Eduardo. Op. cit. p. 65.

Resulta pertinente señalar que la imposición de una medida cautelar real no está condicionada necesariamente ni guarda una relación de dependencia con la imposición de una medida de coerción personal, como el mandato de detención, puesto que el aseguramiento de los intereses pecuniarios en el proceso penal no depende en absoluto de la gravedad del delito, del bien jurídico afectado o de la intensidad de la pena, sino principalmente de la necesidad de tutelar la reparación civil del agraviado por el delito.

Esta puede ser la explicación por la que en materia cautelar real más que preservar el normal desarrollo del proceso lo que se pretende es asegurar la ejecución material de la condena -en su aspecto civil- razón por la cual no pueden asimilarse íntegramente los presupuestos de la coerción personal.

En atención a estas consideraciones que, a dado el caso concreto, el órgano jurisdiccional puede prescindir de dictar el orden de detención contra el inculcado e imponer, por ejemplo un embargo por la comisión de un delito culposo o, tratándose de un delito doloso, ésta sea considerado como de escasa lesividad social.

### 8.2 El *periculum in mora*

Más que un verdadero presupuesto de las medidas cautelares -indica Serra Dominguez<sup>29</sup>, nos encontramos ante el fundamento de éstas.

Se define este presupuesto como el peligro de un daño jurídico derivado del retraso de la resolución definitiva, es decir, importa un estado en el que si el Juez no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento de la sentencia definitiva, es muy probable que ésta jamás pueda ejecutarse con eficacia.

El *periculum in mora* -señala Ortells Ramos- viene determinado por dos elementos: el tiempo que se precisa para realizar la actividad procesal previa a la resolución principal, y la posibilidad de que, durante este lapso, puedan acontecer hechos o realizarse actos que dificulten la efectividad práctica de la resolución<sup>30</sup>.

Ahora bien, es importante advertir que el *periculum in mora* como requisito de la medida cautelar, no sólo se constituye por la existencia de un peligro, sino que también es indispensable que dicho peligro sea inminente y en virtud del cual se hace necesario expedir la medida. Aquí es donde radica también el carácter provisorio de las medidas cautelares que se presenta -indica Juan Monroy- en cuanto cumple con eliminar el peligro en la demora.

Al constituir un presupuesto de valoración temporal, el *periculum in mora* guarda una estrecha correspondencia con el principio del plazo razonable y celeridad procesal, por lo que deberá ser también considerado por el órgano jurisdiccional al momento de resolver la imposición de la medida.

Si bien el *periculum in mora* está en la base de la coerción real, es en el proceso civil donde tiene mayores alcances y exigencias.

En el proceso penal, por el contrario, la vigencia del *periculum in mora* es más matizada o flexible, puesto que, en sede penal tiene por fundamento evitar la infructuosidad del pronunciamiento condenatorio, no rigiendo con todos los requisitos objetivos y subjetivos con que se presenta en sede civil.

Es por eso que si bien quien alegue el peligro por la demora puede aportar elementos que sustenten su petición, éstos no vincularán necesariamente al Juez en su decisión. El mero transcurso del tiempo necesario para llegar a la resolución final condenatoria puede presumirse como una ocasión de peligro suficiente para temer una infructuosidad, resultando justificada la adopción de medidas cautelares reales. No será necesaria, por consiguiente, alegación o demostración alguna de peligro, toda vez que éste se encuentra presente en la intención del legislador al regular las medidas cautelares y se desprende presumiblemente por el mero transcurso del tiempo.

## 9. DIFERENCIAS ENTRE LA COERCION REAL PENAL Y CIVIL

Si bien hemos admitido la naturaleza civil de la coerción real aplicable en el proceso penal, es oportuno precisar algunas diferencias saltantes con las medidas dictadas en el proceso civil, atendiendo básicamente a la

---

<sup>29</sup> SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MENDEZ, Francisco. Las medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona. 1974.

<sup>30</sup> ORTELLS RAMOS. Citado por Font Serra, Op. cit. p.62.

finalidad última de este tipo de coerción en la composición del conflicto originado en el delito.

Una de las primeras diferencias la encontramos en el ámbito de los presupuestos de las medidas. Así, mientras que en sede civil el peligro por la demora constituye un elemento cuya existencia requiere una probada sustentación por parte de quien la alega (Arts. 611 y 637 del C.P.C.) en el proceso penal, el *periculum in mora* constituye un presupuesto cuya existencia se presume por la sola duración del proceso y por la imputación delictiva, no siendo imprescindible el aporte de prueba.

La determinación del daño, entendido como el presupuesto material de la responsabilidad civil, cuyo cumplimiento se asegura con la medida cautelar, se efectúa -en el ámbito civil- dentro del proceso cautelar regulado expresamente en el C.P.C.; en materia penal, la determinación del daño se realiza normalmente en la etapa de la investigación conjuntamente con la determinación de la responsabilidad penal. Así ha sido acordado también en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1996 (Art. 92).

El principio dispositivo en materia civil alcanza su máxima expresión dado que, se encuentra legitimado para solicitar la cautela únicamente la parte afectada. A diferencia de ello en materia penal no es imprescindible la petición de la parte civil, pues además de la potestad del juez para imponerla de oficio, se encuentra también legitimado para solicitar la cautela real el Ministerio Público.

Las medidas de cautela real civil pueden imponerse inclusive antes de iniciado el proceso (Art. 608 del C.P.C.), en sede penal la cautela sólo puede dictarse una vez iniciado el proceso, en la medida de que la acción civil es contemporánea al ejercicio y promoción de la acción penal.

En el proceso civil se concede al Juez la facultad para imponer medidas cautelares genéricas (Art. 629 del C.P.C.), pudiendo dictar una medida no regulada expresamente pero aplicable al caso concreto; en el proceso penal rige con mayor plenitud el principio de legalidad de la coerción, en virtud del cual sólo pueden aplicarse las medidas expresamente permitidas.

En sede civil, la imposición de una medida de cautela real supone al mismo tiempo la *contra-cautela* que deberá recaer en la persona de quien solicitó la cautela con la finalidad de resguardar los posibles perjuicios que pudiera sufrir el sujeto pasivo de la medida. Por el contrario, atendiendo a la naturaleza y función del proceso, en sede penal no se exige la *contra-cautela*, puesto que, su imposición recaería sobre la parte penalmente agraviada, quien ya se encuentra perjudicada por el delito, lo que le resultaría doblemente oneroso.

## 10. EVOLUCION DE LA REGULACION SOBRE COERCION REAL

En una somera revisión de la legislación procesal penal que ha regido nuestra época republicana -tanto el código de Procedimientos en Materia Penal de 1863, como el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920- podemos constatar la ausencia de normas relativas a la actividad cautelar real.

El vigente Código de Procedimientos Penales de 1939 tampoco se ocupó del tema de manera sistemática, puesto que únicamente dedicó el Título II del Libro Segundo (Modificado por el Dec. Ley N° 21895) a la regulación de la medida del embargo a efectos de asegurar la reparación civil.

Esta es la explicación por la que en la presente década la regulación de la cautela real, en no pocos casos, se efectuó en cuerpos normativos extra procesales.

Así podemos encontrar por ejemplo, la incautación, decomiso, allanamiento o descerraje en el caso de los Delitos contra los derechos de autor y conexos (Art. 221 del C.P.)<sup>31</sup>, el decomiso en el caso de los delitos contra el patrimonio cultural (Art. 231 del C.P.) y, la clausura o suspensión de actividades en los delitos contra el medio ambiente (Art. 314 del C.P.).

En ese mismo sentido encontramos en el Código Penal de 1991 dos mecanismos cuya modalidad reside en agotar previamente todas las posibilidades económicas del responsable directo para posibilitar una ulterior intervención del tercero civil:

<sup>31</sup> Modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo 822, del 24 de abril de 1996.

En primer término tenemos el artículo 98° del Código Penal, dirigido a aquellos sujetos que carecieran de bienes suficientes para responder patrimonialmente, posibilitando el embargo de hasta un tercero de su remuneración para el pago de la reparación civil.

En segundo término el Código Penal ha establecido en su artículo 97° una disposición que busca evitar situaciones de insolvencia provocadas o generadas por el mismo agente y responsable civil directo. En efecto, dicho artículo señala que «...los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación...»

Esta norma se constituye así en un medio para garantizar la efectividad tanto de la medida cautelar como de la misma reparación, dado que revoca o anula cualquier disposición maliciosa del patrimonio del imputado. Será necesario para tal efecto que pueda acreditarse la disminución patrimonial provocada por el sujeto pasivo de la medida cautelar, en su condición de procesado o inclusive estando éste ya condenado. Bramont Arias señala por ello que esta norma traslada la acción pauliana o revocatoria al terreno penal, adaptándola a las más rigurosas necesidades de la reparación<sup>32</sup>.

No obstante ello, esta deficiencia de orden normativo ha sido notablemente superada, puesto que tanto el Código Procesal de 1991 como el Proyecto de Código Procesal Penal, con un mejor criterio, han sistematizado en el Título III, del Libro Segundo todas las disposiciones reguladoras de la actividad coercitiva.

Es de resaltar en este punto que en el citado proyecto se ha incorporado expresamente la regulación de las medidas de cautela real, como el secuestro de documentos (Art. 160), la interceptación y grabación de las comunicaciones (Art. 165), el levantamiento del secreto bancario y reserva tributaria (Art. 167), el secuestro, incautación y exhibición forzosa de cosas (Art. 169), el allanamiento (Art. 177), la clausura, la vigilancia de locales e inmovilización (Art. 181) y, el embargo (Art. 190).

## CONCLUSIONES:

1. Además de la justificada protección de los derechos del imputado, el proceso penal moderno debe atender a la tutela de los intereses de la parte afectada por el delito, razón por la que resulta imperioso la instauración de mecanismos eficaces que garanticen y aseguren una adecuada y pronta ejecución de las consecuencias civiles del delito que puedan satisfacer las pretensiones reparatorias de los agraviados.
2. No existe en nuestra legislación procesal penal vigente un adecuado tratamiento de la actividad cautelar real, deficiencia normativa que en muchos casos ha obligado a la víctima a recurrir a la vía extrapenal. Esta situación además de ser más onerosa, en muchos casos convierte en irrealizables las justas pretensiones resarcitorias de la víctima, hecho que agrava aún más el conflicto social generado por el delito. Esta circunstancia hace imperioso propugnar la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal.
3. Atribuirle responsabilidad civil a una persona jurídica y en consecuencia, convertirlas en sujetos pasivos de una medida cautelar real a consecuencia de un delito cometido por un sujeto que actúa bajo su dependencia, sólo será posible si dicho imputado cometió el hecho delictivo ejerciendo actos de función o de servicio. Cualquier otra conducta delictiva que rebase el ámbito de lo estrictamente funcional no podrá generar consecuencias civiles en la persona jurídica.

La necesidad de unificar este criterio, fundamentalmente en el ámbito jurisprudencial, surge en la medida de que optar por un criterio distinto podría significar la injusta quiebra de muchas empresas. En este orden de ideas, resultaría conveniente formular la modificación legislativa de la legislación procesal penal a fin de normar expresamente estas reglas pudiendo servir como fuente más inmediata el reciente Código Penal Español de 1995<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Bramont Arias, Luis. Código Penal anotado. Lima. 1995. p. 301.

<sup>33</sup> Código Penal Español de 1995, Art. 120 inc. 4. «...son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente... las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependiente, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios...».

4. Siguiendo esta misma orientación, las entidades estatales podrían ser consideradas como terceros civilmente responsables y como sujetos pasivos de una medida cautelar real por la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos y en los que resulten agraviado sujetos particulares, siempre que ocurran por lo menos dos requisitos: 1. Que los delitos cometidos por dichos sujetos hayan sido realizados en el ejercicio de sus cargos o funciones y, 2. Que el daño causado al particular sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieran confiados al imputado quien comete el delito prevaliéndose de las ventajas que su condición de funcionario público le otorga<sup>34</sup>.
5. La agravante de responsabilidad penal en el denominado «delito masa» -fundada en la pluralidad de víctimas-, debe traducirse también en una agravante de la responsabilidad civil, de forma tal que pueda atenderse con mayor equidad y proporcionalidad la pretensión resarcitoria de la colectividad de agraviados. No debe perderse de vista que en este tipo de criminalidad -vinculada mayormente a la afectación de bienes jurídicos de naturaleza patrimonial- el interés de la sociedad está dirigido mayormente a lograr la reparación de los perjuicios económicos sufridos, por lo que no resulta suficiente -en términos de política criminal- el solo incremento de la penalidad.
6. El fenómeno de la administrativización del proceso penal, por el cual se hacen prevalecer durante la investigación así como en el juzgamiento, elementos, actuaciones y pruebas obtenidas en sede extrajudicial, se ha extendido también -en los últimos años- al ámbito de la actividad cautelar real. Sin embargo, la imposición de medidas coercitivas por entidades administrativas o policiales, únicamente debe justificarse por razones de estricta flagrancia o por la necesidad de proteger aquellos elementos de prueba cuya obtención peligraría desaparecer o no podrían ser practicados de otra manera en el proceso. Debe por ello establecerse determinados controles de orden jurisdiccional que eviten una injustificada extensión de facultades coercitivas. DJS

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español del 14 de junio de 1993, en: *Comentarios al Código Penal Español de 1995*, T.I. VIVES ANTON, Tomás (Coord.), Valencia 1996 p.644.