



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS**

**LA INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR PRESUNTO DELITO DE  
CONTRABANDO Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

**TESIS PRESENTADA POR :**

**BACH. ROSA LUZ ALLER VERA.**

**PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**ASESOR**

**Mg. MARIO HUGO SILVA ASTETE.**

**CUSCO – PERÚ**

**2016**



## DEDICATORIA

A Dios, porque me dio salud, fortaleza desde el primer día que empecé con los estudios universitarios, llenando mi vida de alegrías, tristezas sobre todo de muchas bendiciones.

A mi hija que es mi felicidad, aun a tu corta edad me enseñas muchas cosas de la vida, te agradezco por ayudarme a ver el lado dulce de la vida, eres mi motivación para seguir adelante.

A mis padres, Agripina Vera Aguirre y Norberto Aller Duran, por ser los mejores padres que Dios me dio, les agradezco por sus enseñanzas por los valores que me inculcaron e hicieron de mí una persona agradecida con lo que la vida me dio, por su incondicional amor y apoyo moral a lo largo de toda mi vida.

A mis hermanos que son parte de la familia. A quienes los amo y también agradezco su amor.

A mi esposo, Víctor Raúl Ullachica Caza, a quien le agradezco infinitamente por su apoyo, la ayuda que me has dado ha sido sumamente importante me apoyaste más de lo que esperaba, incluso dejando de lado tus propios intereses siempre me impulsaste a seguir adelante, desde el primer día que empecé con los estudios universitarios no fue sencillo culminar, pero gracias a ti a que fuiste muy motivador y me decías que lo lograría, y lo hice. Heres lo mejor que me ha pasado en la vida.



## AGRADECIMIENTO

A Dios por ser mi guía y fortaleza.

Al Magister Mario Hugo Silva Astete, asesor de mi tesis, por su esfuerzo y dedicación por sus conocimientos sus orientaciones, por el apoyo total en el proceso de la investigación, por su capacidad para guiar mis ideas, su manera de trabajar que ha sido parte fundamental para el desarrollo de la presente tesis por la paciencia y dedicatoria a este trabajo su apoyo a sido un aporte invaluable no solo en el desarrollo de la tesis sino también en mi formación de investigador.



## RESUMEN

La tesis intitulada “LA INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR PRESUNTO DELITO DE CONTRABANDO Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD”, fue elaborada sobre el siguiente objetivo: Determinar que la incautación de vehículos por presunto delito de contrabando transgrede el derecho de propiedad de los compradores de buena fe.

La hipótesis es la siguiente: La incautación de vehículos por presunto delito de contrabando transgrede el derecho de propiedad de los compradores de buena fe.

La tesis consta de cinco capítulos. El primer capítulo contiene el planteamiento del problema que consta de la situación problemática, formulación del problema los objetivos de la investigación, justificación de la investigación, hipótesis del trabajo y las variables. El segundo capítulo consta del marco teórico, que comprende los antecedentes de la investigación, teoría del delito, delitos aduaneros, medidas cautelares, embargo, la incautación y el derecho de propiedad. El tercer capítulo consta de la metodología que comprende el diseño metodológico, población, muestra, técnicas e instrumentos de recolección de datos y el cuarto capítulo que consta de los resultados y análisis de los hallazgos.

Al final se presenta las conclusiones y recomendaciones.

Palabras claves: La incautación de vehículos, el Decreto legislativo N° 1111, El Código Procesal Penal



## ABSTRACT

The thesis entitled "THE SEIZURE OF VEHICLES AND THE ALLEGED OFFENSE OF SMUGGLING AND THE RIGHT TO PROPERTY, was prepared on the following objective: to determine that the seizure of vehicles for the alleged offense of smuggling violates the right of ownership of the buyers in good faith.

The hypothesis is the following: The seizure of vehicles for the alleged offense of smuggling violates the right of ownership of the buyers in good faith.

The thesis consists of five chapters. The first chapter contains the approach to the problem that consists of the problematic situation, formulation of the problem the objectives of the investigation, justification of the research, working hypotheses and variables. The second chapter contains the theoretical framework, which includes the background of the research, theory of crime, customs offenses, precautionary measures, however, the seizure and the right to property. The third chapter consists of the methodology which includes the methodological design, population, shows, techniques and instruments of data collection and the fourth chapter that consists of the results and analysis of the findings.

At the end presents the findings and recommendations.

Key words: The seizure of vehicles, Legislative Decree No. 1111, the Code of Criminal Procedure



## PRESENTACIÓN

Distinguidos dictaminantes del taller de Pro tesis 2016- II de la Universidad Andina del Cusco de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho, pongo en su consideración mi Proyecto de Tesis titulado: **“LA INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR PRESUNTO DELITO DE CONTRABANDO Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD”** para su oportuna valoración y, en su caso, aprobación.

La autora.



**ÍNDICE GENERAL**

DEDICATORIA.....ii

AGRADECIMIENTO.....iii

RESUMEN.....iv

ABSTRACT.....v

PRESENTACIÓN.....vi

ÍNDICE GENERAL.....vii

ÍNDICE TABLAS.....x

Pág.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....1

    1.1 El problema.....1

        1.1.1. Planteamiento del Problema.....1

        1.1.2 Formulación del Problema.....2

            Problema general.....2

            Problemas específicos.....2

    1.2 Objetivos de la investigación.....3

        1.2.1 Objetivo general.....3

        1.2.2 Objetivos específicos.....3

    1.3 Justificación de la Investigación.....3

    1.4 Hipótesis del trabajo.....6

    1.5 Variables.....6

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....7

    2.1 Antecedentes de la investigación.....7

    2.2 Teoría del Delito.....13

        2.2.1 Concepto.....13

        2.2.2 Evolución de la teoría del delito.....14

        2.2.3 Origen de la culpabilidad en el sistema tripartito.....14

        2.2.4 Teorías del delito.....17

    2.3 Concepto y estructura del delito.....20

    2.4 Delitos Aduaneros.....21



|        |   |    |
|--------|---|----|
| 2.4.1  | Contrabando.....  | 21 |
| 2.4.2  | Modalidades de Contrabando. Ley 28008.....                      | 27 |
| 2.4.3  | Circunstancias agravantes. Ley 28008.....                       | 29 |
| 2.4.4  | El contrabando en la Legislación Comparada.....                 | 31 |
| 2.5    | Receptación Aduanera.....                                       | 32 |
| 2.5.1  | Circunstancias agravantes.....                                  | 33 |
| 2.5.2  | Transporte ilegal de mercancías.....                            | 35 |
| 2.6    | Decomiso.....   | 36 |
| 2.7    | Medidas Cautelares.....   | 41 |
| 2.7.1  | Concepto.....   | 41 |
| 2.7.2  | Características de las Medidas Cautelares.....                  | 42 |
| 2.7.3  | Criterios para la imposición de Medidas Cautelares. ....        | 44 |
| 2.7.4  | Presupuestos para la adopción de Medidas Cautelares.....        | 44 |
| 2.8    | El NCPP y las medidas de coerción procesal personal y real..... | 58 |
| 2.9    | El embargo.....   | 62 |
| 2.9.1  | Naturaleza.....   | 63 |
| 2.9.2  | Características.....  | 64 |
| 2.9.3  | Efectos jurídicos. ....   | 65 |
| 2.9.4  | Señalamiento de bienes y práctica del embargo.....              | 66 |
| 2.10   | La incautación.....   | 66 |
| 2.11   | Objeto de la incautación.....                                   | 68 |
| 2.11.1 | Momento en que debe realizarse o disponer la incautación.....   | 70 |
| 2.11.2 | Instrumentos del Delito.....                                    | 71 |
| 2.11.3 | Efectos y ganancias del delito.....                             | 71 |
| 2.11.4 | Clases de incautación.....                                      | 72 |
| 2.12   | La incautación cautelar.....                                    | 73 |
| 2.13   | Reexamen de la incautación.....                                 | 75 |
| 2.14   | Derecho de Propiedad.....                                       | 79 |
| 2.14.1 | Según la Constitución Política del Estado.....                  | 79 |
| 2.14.2 | Derecho de propiedad.....                                       | 80 |
|        | JURISPRUDENCIA.....   | 81 |





|  |     |
|--|-----|
| CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....                           | 84  |
| 3.1 Diseño metodológico.....                             | 84  |
| 3.1.1 Enfoque de investigación.....                      | 84  |
| 3.1.2 Tipo investigación jurídica.....                   | 84  |
| 3.2 Población.....                                       | 84  |
| 3.3 Muestra.....   | 85  |
| 3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos..... | 85  |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO IV: TRABAJO DE CAMPO.....                       | 86  |
| 4.1 Presentación de resultados.....                      | 86  |
| 4.2 Análisis de los resultados.....                      | 90  |
| 4.3 Discusión y contrastación de hipótesis.....          | 99  |
| <br>   |     |
| CONCLUSIONES.....  | 100 |
| RECOMENDACIONES.....                                     | 102 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....                          | 103 |
| ANEXOS.....  | 105 |



## ÍNDICE TABLAS

|  | Pág. |
|--|------|
| Tabla 1: Variables e indicadores de la investigación.....                              | 6    |
| Tabla 2: Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 1..... | 91   |
| Tabla 3: Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 2..... | 92   |
| Tabla 4: Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 3..... | 94   |
| Tabla 5: Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 4..... | 96   |
| Tabla 6: Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 5..... | 98   |



## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1 El problema

##### 1.1.1 Planteamiento del problema

La incautación de vehículos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria SUNAT es un problema que en la actualidad rebasa el aspecto puramente jurídico procesal. En efecto, la dinámica del comercio, como es conocido, genera la circulación constante de bienes pasando la titularidad de una mano a otra, ya en cuestión de horas, días, meses o años. Este movimiento comercial a su vez, de acuerdo a ley está protegido por el filtro de entidades públicas que al ejercer el control, asumimos que brindan las garantías a los compradores. La mínima diligencia ordinaria que se exige al comprador en un caso de estos es que antes de adquirir un vehículo verifique que está debidamente inscrito en Registros Públicos y que su transferente aparezca como el titular del bien. Pero un comprador más diligente incluso puede recabar un certificado de la dependencia especializada de la policía que le certificará que el vehículo que dese comprar no tiene problemas de que sea de dudosa procedencia.

Esta transacción comercial genera una situación muy injusta y arbitraria porque ocurre que cuando la policía y/o el personal de aduanas –eventualmente con



participación de la fiscalía- realizan operativos contra el contrabando, proceden a la incautación de los vehículos cuyos datos de identificación no guardan armonía con el consignado en los documentos. Entonces, se presume que no tiene DUA (Declaración única de aduanas) que acredita su ingreso lícito al país. Hasta aquí todo puede, aparentemente, estar bien; sin embargo, luego que se procede a las investigaciones correspondientes y el fiscal decide archivar definitivamente el proceso por no haberse encontrado responsabilidad en el titular del vehículo] el bien incautado no es devuelto a su propietario, sino que el Ministerio Público deriva la devolución del vehículo a la SUNAT en aplicación del Decreto Legislativo N° 1111 que modifica la Ley de Delitos Aduaneros (Penal, 2013)

Como vemos este dispositivo vulnera el derecho fundamental a la propiedad consagrado en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado que proclama que el derecho de propiedad es inviolable. En el caso que planteamos el titular del vehículo es un comprador de buena fe, mayormente el cuarto, quinto, sexto comprador, en el tracto sucesivo. Este problema vigente y que no ha sido tratado de manera uniforme en la jurisprudencia nacional nos ha motivado a plantear el siguiente problema de investigación.

### **1.1.2 Formulación del problema**

#### **Problema general**

¿Cuál es la consecuencia principal de la incautación de vehículos por presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe?

#### **Problemas específicos**

¿Que contradicción existe en la normatividad sobre incautación?



¿Qué otras consecuencias se derivan de la incautación de vehículos a los compradores de buena fe?

## **1.2 Objetivos de la investigación**

### **1.2.1 Objetivo general**

Determinar que la incautación de vehículos por presunto delito de contrabando transgrede el derecho de propiedad de los compradores de buena fe

### **1.2.2 Objetivos específicos**

- 1.- Determinar cómo está regulada normativamente la incautación en la ley peruana
- 2.- Identificar qué consecuencias se derivan de la incautación de vehículos por presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe

## **1.3 Justificación y delimitación de la investigación**

### **1.3.1 Justificación**

El presente estudio tiene importancia desde el punto de vista jurídico en cuanto aborda un problema actual de naturaleza jurídico procesal, que tiene consecuencias en la vida de las personas que se ven involucradas en una investigación penal a causa de haber comprado de buena fe un vehículo motorizado. Es un imperativo que en un Estado Constitucional de Derecho se respeten los derechos fundamentales, en este caso el derecho a la propiedad, que de acuerdo al artículo 70 de la Constitución es inviolable. Proclama este artículo que a nadie puede privarse de su propiedad, sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley. El presente trabajo de investigación pretende contribuir al debate en relación a un



derecho constitucional tan importante, presentando el estado actual del tratamiento normativo y jurisprudencial de la incautación en casos de presunto delito de contrabando.

Para realizar el presente trabajo de investigación se acudió a la bibliografía actualizada sobre la materia y a la jurisprudencia de los tribunales nacionales. En consecuencia, el trabajo resulta posible llevarlo a cabo considerando la bibliografía y jurisprudencia que se ha publicado hasta el momento.

#### **a. Conveniencia científica**

La presente investigación sobre la incautación de vehículos en casos de presunto delito de contrabando al comprador de buena fe, resulta conveniente para el foro nacional, teniendo en cuenta que este problema de singular importancia en el proceso penal, ha generado contradictorias posturas, principalmente, por parte de los jueces, quienes son los que en definitiva determinan la situación jurídica del bien. Este trabajo servirá para conocer el estado actual de la normativa y la jurisprudencia en relación con su evolución y su proyección al futuro con un planteamiento propositivo.

#### **b. Relevancia social o contemporánea**

La relevancia social del presente trabajo académico se traduce en los beneficios que pueden obtener las personas comprendidas en un proceso penal por haber comprado de buena fe un vehículo sin el pago de la Aduana. El sistema penal se verá beneficiado en cuanto las propuestas contribuyan a una adecuada interpretación de la medida cautelar de incautación de vehículos en casos de presunto delito de contrabando al comprador de buena fe.



**c. Implicancias prácticas.**

En el aspecto práctico nuestro estudio pretende una proyección de un mejor tratamiento de este instituto en la práctica procesal. Vale decir, que una mejor comprensión teórica y práctica de la incautación de vehículos por presunto delito de contrabando al comprador de buena fe redundará en una aplicación justa y equitativa de este instituto procesal dentro del proceso penal

**d. Utilidad metodológica.**

Considerando que nuestro estudio es de carácter cuantitativo se seguirá un procedimiento ordenado de acuerdo a las indicaciones de la metodología de la investigación. En tal sentido, además del contenido teórico de nuestro trabajo, el diseño metodológico que asumimos recogiendo la interpretación jurisprudencial servirá indudablemente para que otros investigadores puedan tener indicadores claros para efectuar un estudio de este instituto.

**e. Viabilidad del Estudio**

En cuanto al objeto de nuestro estudio, este resulta óptimo en cuanto se cuenta con la bibliografía necesaria, se acudirá a la jurisprudencia sobre la materia. Por otro lado, para la ejecución de nuestra investigación se cuenta con el tiempo necesario y los recursos económicos para llevar adelante nuestro trabajo.

**1.3.2 Delimitación del estudio**

**a) Delimitación espacial**

El ámbito geográfico de la presente investigación comprenderá las resoluciones de incautación de vehículos por delito de contrabando de los Juzgados Penales de la sede principal del Distrito Judicial del Cusco.

**b) Delimitación temporal.**

La presente investigación comprenderá los años 2014 y 2015.

#### 1.4 Hipótesis de trabajo

La incautación de vehículos por presunto delito de contrabando transgrede el derecho de propiedad de los compradores de buena fe.

#### 1.5 Variables

**Tabla 1**

*Variables e indicadores de la investigación,*

---

| <b>Variables</b>   | <b>Indicadores</b>  |
|--|---|
| <b>Variable Independiente</b>  |   |
| La incautación de vehículos por presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe | <ol style="list-style-type: none"><li>1. Deficiente política de control de contrabando en vehículos.</li><li>2. La pluralidad de transferencias o tracto sucesivo</li></ol> |
| <b>Variable Dependiente</b>  |   |
| Transgresión del derecho de propiedad.   | <ol style="list-style-type: none"><li>1. Lesión al principio de seguridad jurídica</li><li>2. Lesión al derecho al trabajo</li></ol>  |

---

Elaboración propia.





## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes de la investigación.

##### 2.1.1 Tesis

###### Antecedente 1°

El primer antecedente de investigación es la tesis que lleva como título *“CONSECUENCIAS EN EL DESENVOLVIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA CUANDO LA AUTORIDAD DISPONE LA MEDIDA DE INMOVILIZACIÓN DE SUS CUENTAS BANCARIAS COMO RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN DE UN DELITO”* el autor es Víctor Hermilio Rosado Samos, quien presentó esta investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-2012.

El autor llegó a la siguiente conclusión:

La autoridad comúnmente toma la decisión de embargar con fines de persecución del delito y por el peligro en la demora; es decir, invocar la urgencia de decretar la medida para evitar un daño irreparable ocasionado por el tiempo en que transcurrirá la investigación del hecho, evitando su desaparición.

### 2.1.2 Artículos especializados

#### Antecedente 2°

El segundo antecedente es el artículo que lleva como título “*LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES VINCULADOS AL DELITO DE CONTRABANDO: A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N° 113-2013-AREQUIPA*”. El autor es Delgado Tovar, Walther Javier. Publicado en la revista Gaceta Jurídica, mayo 2015, Lima- Perú.

El autor llegó a las siguientes conclusiones:

- i. No todas las mercancías ingresadas ilegalmente al territorio nacional constituyen bienes intrínsecamente delictivos, sino solo aquellas que no tengan ninguna utilidad en la sociedad, dado que su propia existencia es negativa, de forma que ni siquiera el Estado podría reclamar algún derecho sobre las mismas; por ejemplo, las sustancias nocivas, las que atentan contra la soberanía nacional, la salud, el medio ambiente, las que se encuentran vencidas o en mal estado.
- ii. La única posibilidad de que se pueda ordenar la entrega o devolución de bienes incautados es que se haya corroborado que dichos bienes no tienen la calidad de instrumentos, efectos o ganancias del delito; devolución que debe efectuarse sin condicionamiento alguno; no resultando admisible en ningún caso la entrega provisional o devolución a cambio de depósito de su valor.
- iii. En el caso de delitos aduaneros, si bien el Fiscal o el Juez puede disponer se levante la medida de incautación judicial, esto no debe implicar la entrega inmediata de los bienes vinculados al delito (medios de transporte o mercancías), por cuanto es competencia de la Administración Aduanera pronunciarse sobre la posible existencia de infracción administrativa y, en su caso, imponer la sanción que corresponda. Esto no implica una injerencia en las competencias constitucionales del Ministerio Público o Poder Judicial, sino el reconocimiento de que ante un conflicto socio jurídico debe emplearse coherentemente todas las normas que el ordenamiento jurídico sostiene.

**Antecedente 3°**

El tercer antecedente de la investigación es el artículo titulado “*LA INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR PRESUNTO DELITO ADUANERO: UNA INTERPRETACIÓN INFRACONSTITUCIONAL*”. El autor es Mario Hugo Silva Astete, la misma que fue publicada en la revista Gaceta Jurídica, julio 2015, Lima-Perú.

Las conclusiones a la que arribo el autor son las siguientes:

- i. Creemos que la respuesta que ha dado la Corte Suprema tiene un contenido tuitivo estatal amparado en una interpretación literal, del artículo 13 de la ley de delitos aduaneros.
- ii. Ciertamente, es conocido el argumento de la Administración Aduanera en el sentido de que si se ampara al comprador de buena fe, entonces, se abre una puerta a las grandes mafias del contrabando de vehículos. Pero este argumento, ya lo dijimos, no tiene cabida ni puede ser de recibido en un Estado Constitucional de Derecho. Este argumento no puede justificar la lesión, por parte del Estado, de un derecho fundamental del ciudadano peruano, que en este caso no tiene ninguna vinculación con el delito cometido.
- iii. El Estado debe aplicar nuevas estrategias y políticas adecuadas para contrarrestar el flagelo de los delitos aduaneros. Por ello, decimos que una interpretación conforme a la Constitución es imperativa para los operadores del Derecho, porque, de lo contrario parangonando una sabiduría suprasecular, podremos concluir que proclamamos un Estado Constitucional de Derecho, pero con nuestros hechos lo negamos.



#### Antecedente 4

El cuarto antecedente de investigación es el artículo titulado “*SI NO SE DETERMINA LA PROCEDENCIA LÍCITA DEL BIEN INCAUTADO, ¿PODRÁ SER DEVUELTO EN CASO DE QUE SE SOBRESEA LA CAUSA?*”, Comentarios a la casación N° 113-2013-Arequipa”, escrito por Jorge Pérez López, la misma que fue publicada en la revista Gaceta Jurídica, mayo 2015 Lima.

#### Conclusiones:

1. En la casación N° 113-2013- Arequipa, la Corte Suprema señaló que no procede la devolución de un bien incautado al dictarse el auto de sobreseimiento respecto del delito de contrabando, pues a pesar de que la cuantía del bien materia de contrabando sea inferior para ordenarse su incautación, devolver el vehículo incautado nos alejaría de una solución con criterio de justicia, pues con la devolución se estaría premiando al delincuente con un bien proveniente del delito.
2. La Corte Suprema sustenta su decisión en la doctrina Riggs vs Palmer, en que la Corte Suprema del Estado de Nueva York tomó la decisión de no conceder la herencia a una persona que asesino a su abuelo para que este no cambiara su testamento, basando su decisión en el principio del cual “ nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito”, asimismo, el colegiado señaló que la ley dentro de un sistema constitucional de Derecho no puede ser utilizado para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial.
3. En el supuesto objeto de casación, el vehículo incautado no contaba con Declaración Única de Aduanas (D.U.A), por lo que no se pudo determinar su lícita procedencia; en tal medida, no podía ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino solo a quien tuviera legítimo derecho sobre el mencionado bien, que en el presente caso, por las circunstancias concretas, era el Estado peruano, representado por la SUNAT.

### Antecedente 5°

El quinto antecedente de la investigación lo constituye el artículo titulado “*LA RESURRECCIÓN DE LA LEY N° 28008: ¿APLICACIÓN DE LA LEY O ESTRUCTURA DEL EMBUDO?*” El autor es Jorge E. Vergara Villanueva, investigación que fue publicado en la revista Gaceta Jurídica, mayo 2015, Lima.

El autor llegó a las siguientes conclusiones:

1. Se aprecia claramente que la Casación N°113-2013-Arequipa adolece de argumentación sostenida en los principios de razón suficiente y no contradicción; pues no se logra determinar un análisis mínimo del contenido de la Ley N°28008 (que incluye las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1111) y de los postulados contenidos en la norma procesal penal estructurados en el NCPP.

Se advierten así idas y venidas por parte de la Corte Suprema en la determinación certera de las facultades del juez dentro de un proceso penal instaurados bajo las pautas del NCPP y donde la tipología establecida es la de un delito aduanero (contenido típico previsto justamente en la Ley N° 28008), más aún cuando la Casación N° 45-2012-Cusco literalmente facultaba al juez penal a devolver un objeto incautado (vía reexamen) por la presunta comisión de un delito aduanero, siendo el magistrado quien determine el futuro del referido bien.

En cambio, con la Casación N° 113-2013-Arequipa pareciera repotenciarse el contenido de la Ley N° 28008 respecto a las prohibiciones y limitaciones que tendría el juez en el contexto de devolver bienes incautados por la presunta comisión de delitos aduaneros (al margen si son objeto material del delito o similares y pertenecieran a una persona involucrada o no directamente en el hecho investigado), en concreto se desconocen las facultades del juez según los parámetros del NCPP.

2. Debemos revalorar firmemente el contenido de las incautaciones promovidas a la luz del NCPP, invocando para ello el contenido del Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-



116 (del 16 de noviembre de 2010). Al respecto, se debe precisar que la incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos (artículo 218 al 223), y como medida de coerción con una típica función cautelar, (artículo 316 al 320). En ambos casos, es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el caso de la medida de búsqueda y restricción de derechos, su función es primordialmente conservativa, esto es asegurar las fuentes de prueba material y, luego, definitivamente será probatoria. En el caso de las medidas reales, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Por su parte, la incautación instrumental (según el artículo 218 del NCPP) recae sobre los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. En estricto sentido se entiende **i) por cuerpo del delito**, no solo a una persona, el cadáver en el caso del delito de homicidio, pues comprende también el objeto del delito, es decir, aquel contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos **ii) las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento**, como las denominadas piezas de convicción **iii) los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris*** son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución **tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercadería.**

Finalmente, debemos considerar que la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictara en la sentencia (artículo 102° del Código Penal), por tanto, nótese que los bienes y objetos que pueden incautarse como



privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal, cumplen eminentemente una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102 y siguientes del código penal (**esto justamente es la ratio de las incautaciones para el caso de los delitos aduaneros**), y permite además su eficaz control para la acreditación del hecho punible asegura su utilización por las partes y el juez como objeto de prueba.

## 2.2 Teoría del Delito

### 2.2.1 Concepto

Para Bramont Arias, la teoría del delito se ocupa del estudio de las características que debe reunir cualquier conducta para ser calificada como delito. Existen, pues, características comunes a todos los delitos como características que solo se dan en algunos de ellos. (Bramont Arias, 2008).

Tal como dice el profesor Muñoz Conde “la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos; (...) el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas, del hurto, de la violación, de las estafas, etc.; a la Parte Especial”.

Para Villavicencio (2006), la teoría del delito o teoría de la imputación penal “se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada” como un hecho punible. Esta es producto de una larga evolución de la dogmática penal.

Al respecto Jescheck/Weigend, citado por Villavicencio (2006), la teoría del delito “no se ocupa de los elementos de los tipos delictivos concretos sino de aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles”.

### 2.2.2 Evolución de la teoría del delito

En la evolución del Derecho Penal se han presentado diversos sistemas que definen al delito y que constituyen cada uno un modelo de análisis diferente y que han sido contruidos sobre la base del modelo anterior con la perspectiva de superar sus carencias. La dogmática jurídico penal ha desarrollado dos grandes sistemas: los sistemas teóricos antiguos o bipartitos y los sistemas contemporáneos o tripartitos.

a) **Los sistemas teóricos antiguos o bipartitos** se basaban principalmente entre la distinción entre sujeto (es el autor del hecho) y objeto del delito (es el hecho cometido por el autor). Estos sistemas examinan la idoneidad del sujeto del delito (con ello, para tales sistemas se hace forzoso tomar a la teoría de la imputabilidad como base del sistema: solo es capaz de actuar un autor imputable). El objeto del delito aparece recién en el debate sobre la causalidad del autor, y este está constituido por el ilícito típico. La dogmática italiana los denomino *impulatio facti* (imputación objetiva o del hecho) e *impulatio iuris* (imputación subjetiva o de derecho), se le imputaba al sujeto ser autor de la conducta como obra suya de la parte externa u objetiva del hecho y se le atribuía también dicha conducta por la actitud interna o subjetiva ante las norma.

b) **Los sistemas teóricos contemporáneos o tripartitos**, se han desarrollado sobre la base de los sistemas bipartitos en la ciencia del derecho alemán a finales del siglo XIX. Luego se fue perfeccionando gracias a los aportes de la misma doctrina alemana, los países de la Europa continental, los países de Iberoamérica y algunos países asiáticos. Los sistemas tripartitos, a diferencia del anterior sistema, fundamentan al delito a través de la acción. “En este sentido, es capaz de cometer un acción toda persona, sin consideración de su capacidad de imputabilidad; de tal modo, esta pasa de ser un presupuesto de la acción a uno de la culpabilidad”.

### 2.2.3 Origen de la culpabilidad en el sistema tripartito

Si apreciamos el origen de los elementos del delito, es la culpabilidad la primera en aparecer diferenciada a fines del siglo XVIII (existen antecedentes en la Edad Media). A diferencia de la responsabilidad civil, una sanción penal clásica exigía una





responsabilidad subjetiva, que viene hacer la culpabilidad, configurándose como elemento general de la teoría del delito.

#### **a) Elementos de la culpabilidad**

El dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad y la imputabilidad se integra como otro elemento dentro de ella.

#### **b) Niveles de la imputación penal**

Welzel. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en delito. Estos niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito. Para imputar el hecho, cuando se constata la presencia de las dos primeras características (tipicidad y antijuridicidad) se denomina injusto a la conducta que las ofrece. En consecuencia, lo injusto es una conducta típica y antijurídica.

Pero la presencia de lo injusto no es suficiente para imputar un delito, pues además, resulta determinar la imputación personal (*sujeto culpable*). En los casos que no se pueda imputar personalmente al sujeto lo injusto realizado (inimputable, error de prohibición inevitable), estaremos ante un sujeto no culpable.

#### **c) Imputación del hecho (lo injusto)**

##### **- Tipo.**

La verificación de si la conducta realizada coincide con lo descrito en la ley (tipo) es una función que se le denomina tipicidad. Este proceso de imputación implica dos aspectos: la imputación objetiva y subjetiva. Así determinar el tipo objetivo (*imputación objetiva*), supone identificar los aspectos de la imputación a la conducta y al resultado. Sin embargo, esto no basta, pues será necesario analizar si se dieron las características exigidas en el aspecto subjetivo del tipo (*imputación subjetiva*).

##### **- Antijuridicidad**

Para que una conducta típica sea imputable, se requiere que sea antijurídica, es decir, que no esté justificada. La existencia de una causa antijurídica impide comprobar que

la conducta típica sea antijurídica. Las causas de justificación son disposiciones permisivas especiales que operan sobre cualquier forma básica de hecho punible (delito doloso o imprudente, de comisión u omisión). Las más importantes justificaciones son la legítima defensa (Art. 20, Inc. 3, Código Penal), el estado de necesidad (Art. 20, Inc. 4, Código Penal) y el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 20, Inc. 8, Código Penal). En la práctica, el juicio de la antijuridicidad se limita a una constatación negativa de la misma, sino se presenta alguna causa de justificación, la antijuridicidad de la conducta típica estará comprobada.

#### **d) Imputación personal (culpabilidad)**

La imputación personal se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena (no se pretende un libre albedrío indemostrable empíricamente, sino un concepto de libertad, no es un sentido abstracto, sino una especial ubicación del sujeto frente al cumulo de condicionamiento), y por otro lado desde la óptica del individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que este tiene frente al Estado. Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al agente: imputabilidad (excluida por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteración de la percepción), probabilidad de conciencia de la antijuridicidad (excluida por situación de error de prohibición) y exigibilidad de otra conducta (excluida por una situación de miedo insuperable). (Villavicencio, 2006).

#### **e) Objeto y función de la teoría del delito o imputación penal**

El objeto de la teoría de la imputación penal es plantear una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Penal positivo permite atribuir al regular las conductas delictivas que estime importantes. (Villavicencio, 2006).

Bacigalupo, citado por Villavicencio (2006), dice que la función que cumple la teoría de la imputación penal es la función garantista, pues su campo de acción no solo comprende a la criminalización primaria realizada por el legislador, sino también a la secundaria, es decir, la aplicación racional de esta teoría.

#### 2.2.4 Teorías del delito

a) **El causalismo.**- Era la corriente seguida por el Código Penal anterior (1924), Delito es toda acción u omisión típicamente antijurídica descrita por la ley y no mediando una causa de justificación, imputable, atribuible a un hombre y no mediando una causa de inimputabilidad, culpable a título de dolo o de culpa, y no mediando una causa de inculpabilidad y punible en abstracto, aunque en concreto no resulte penada.

- **Acto:** es un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, pudiendo consistir aquel en solo un movimiento corporal delitos de actividad o en un movimiento corporal con el resultado causado por el mismo en dicho mundo exterior delito de resultado.

Es decir, es la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo exterior cuya modificación se aguarda. Este concepto de la acción se llama: “causal” porque en él, la voluntad humana solo es abarcada en función causal, y no en su fuerza directora del curso del acontecer. Se señalan como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

- **Tipicidad.** Es la adecuación de la acción al tipo, se hace la división de los tipos en normales descripción objetiva y anormales elementos subjetivos y normativos. El código Penal de 1924 consignaba ambas figuras. El esfuerzo de adecuación del hecho al tipo legal supone el examen de los elementos del tipo, tal como lo describe la ley.

- **Antijuricidad.** Es la oposición a las leyes reconocidos por el Estado. Al realizarse una acción adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica, en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad, practicar un acto permitido por la ley, proceder en cumplimiento de deberes de función o de profesión y obrar por disposición de la ley.



- **Imputabilidad.** Imputable es el sujeto capaz de recibir un reproche, para lo cual ha de gozar de la facultad de conocer y de querer, de “apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación”.

- **Culpabilidad.** Supone indagar si el sujeto ha obrado con dolo o culpa, indagación de carácter positivo que no excluye otra de carácter negativo para el efecto de saber si se dan o no causas de inculpabilidad, como son: coacción, estado de necesidad.

- **Condiciones objetivas de punibilidad.** Son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena.

b) **El finalismo.-** Nuestro Código Penal vigente se inclina por esta corriente. De esta se desprende que el delito es: una acción típica, antijurídica y culpable.

- **Acción.** Se toma en cuenta el comportamiento humano que tiene una finalidad, dejándose de lado las acciones que se den como consecuencia de; el estado de inconsciencia, el movimiento reflejo y la fuerza física irresistible (Art. 20° Núm. 6)

- **Tipicidad.** Aquí es donde se presenta una de las diferencias esenciales con la corriente causalista, dado que aparece el concepto de acción típica por acción o por omisión, que es aquella que tiende a un fin, no se queda en un mero cambio en el mundo exterior.

Por tal razón, no se considera acciones relevantes para el derecho penal las que se producen por fuerza física irresistible, movimiento reflejo o en estado de inconsciencia. La acción típica al tener una finalidad planteada una voluntad, es decir una intención dolo o culpa, de producir un resultado. La tipicidad, por tanto, incluye un aspecto objetivo - sujetos, bien jurídico, relación de causalidad, imputación objetiva, elementos descriptivos y normativos y un aspecto subjetivo- dolo, culpa.

- **Antijuricidad.** Se debe presentar la antijuricidad formal ver si la acción va en contra del ordenamiento jurídico y material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. No se debe presentar ninguna causa de justificación, legítima defensa,



estado de necesidad justificante, obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o de cargo, obediencia jerárquica.

- **Culpabilidad.** Es el juicio de reproche que se puede hacer al sujeto activo. Aquí se analizan tres criterios: la imputabilidad persona capaz y consciente de sus actos al momento de realizar la acción típica, mayor de 18 años; el conocimiento del injusto se ve si se presenta un error de prohibición, el cual puede haberse presentado dentro de una causa de justificación o dentro de una causa de exculpación; y la exigibilidad de otra conducta.

**c) Elementos negativos del tipo.-** Según esta teoría el tipo no solo abarca la tipicidad-objetiva y subjetiva sino, también, la antijuricidad, las causas de justificación. Se maneja entonces un concepto al de tipo usado en las corrientes causalista y finalista. Los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, como elementos negativos del tipo. Se incluyen dentro del tipo porque solo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho.

Los elementos negativos del tipo parten de la relación entre la tipicidad y la antijuricidad, manifestando que la afirmación de una determinada conducta como típica no solo depende de la efectiva concurrencia de los elementos positivos (objetivos y subjetivos) directamente requeridos por el tipo de que se trate, sino también de ciertos elementos negativos, las causas de justificación, formulados en otras normas que complementan a la que contiene el tipo positivo: esto es, la tipicidad depende de que no existan causas de justificación.

**d) El funcionalismo.-**Esta teoría se desarrolla mayormente en Alemania, surge por influencia de las corrientes sociológicas conocidas con el mismo nombre, las cuales contemplan a la sociedad como un complejo organismo armónico integrado por miembros que desarrollan una “función” específica, lo cual permite la coherencia del sistema y contribuye a su desarrollo económico, manteniendo así su estructura básica. (Bramont, 2008).

## 2.3 Concepto y estructura del delito

### a) Concepto

Para Ihering: El delito es un acto contrario a la ley penal y amenazada con una pena pública. La definición es exacta, da el criterio exterior por el cual se reconoce el delito, pero no se refiere más que a la forma. Nos lleva hasta clasificar las acciones del hombre con arreglo a un derecho positivo determinado y reconocer si constituyen o no infracciones penales. Pero es muda a cerca del punto capital: saber lo que es la infracción y por qué la ley castiga con una pena; en una palabra, nos enseña el rasgo distintivo exterior de la infracción y nos deja en la ignorancia de su esencia interna (Ihering, 1978)

A lo largo de nuestro Código Penal no encontramos una definición exacta de lo que se debe considerar como delito, pero tenemos una aproximación en el art. 11°, donde se dice que: son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas penadas por la ley.

Muñoz Conde, citado por Bramont Arias, señala que desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno derecho penal y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal. El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena.

### b) Características y Elementos del delito

- a) Tiene que ser una acción u omisión
- b) Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa
- c) Dicha conducta debe estar penada por la ley.

Esta es la definición general que nos da el Código Penal, sin embargo la doctrina amplía esta definición dándonos los elementos del delito.



- a) Conducta.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuridicidad.
- d) Culpabilidad.
- e) Pena. (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d)

Al analizar un delito, se sigue el orden descrito anteriormente, es decir, primero se analiza la conducta, segundo la tipicidad, tercero la antijuridicidad y cuarto la culpabilidad. En ningún caso se puede obviar uno de ellos porque, cada uno es un pre-requisito del siguiente, pero esto es en el aspecto externo del delito. (Bramont, 2008).

Actualmente la tendencia del Derecho Penal es no estudiar la conducta separada sino como un elemento más de la tipicidad, por eso se dice que el delito es tripartido.

- a) Conducta. Es el comportamiento del sujeto tanto por acción como por omisión
- b) Tipicidad. Es la adecuación del comportamiento real al tipo penal abstracto.
- c) Antijuridicidad. Es analizar si el comportamiento típico está en contra del ordenamiento jurídico en general, antijuridicidad formal y material.
- d) Culpabilidad. Nuestro Código Penal habla hoy de responsabilidad, es el reproche que se le hace al sujeto por haber realizado este comportamiento. (Bramont, 2008).

## 2.4 Delitos Aduaneros

### 2.4.1 Contrabando

Etimológicamente contrabando procede del prefijo “contra” que denota oposición y del término latino *bonnom* que alude a la ley dictada en una ciudad o provincia. Este delito se encuentra tipificado en el art. 1° de la ley N° 28008 (ley de delitos aduaneros, del 19 de junio de 2003). (Calderon, 2012).

Puede definirse como todo acto tendente a sustraer las mercancías de la verificación de la Aduana, bien mediante su condición a lugares desde los cuales pueda emprenderse subrepticamente su traslado tanto al exterior o al interior del país, bien mediante el paso por Aduana utilizando métodos de ilusión de todo control, todo ello cuando de las



circunstancias pueda deducirse una clara intención de sustraer las mercancías del control de la Aduana

Una cuestión importante, y que soluciona ya la propia ley de los delitos aduaneros, es la diferencia entre lo que constituye infracción administrativa de contrabando y delito de contrabando. El criterio acogido por el legislador es de naturaleza puramente cuantitativa, esto es, según el valor de la mercancía objeto de contrabando. De esta manera, cuando el valor no supere las cuatro unidades impositivas tributarias existirá una simple infracción administrativa, como tal sometida a una sanción de carácter administrativo (arts. 26 y 27 LDA); en cambio, si las mercancías superan este monto, estaremos ante un delito sancionado con las penas correspondientes. (Bramont, 2008).

La SUNAT, por ejemplo, es la Intendencia Nacional de Prevención del Contrabando y Control y Fronterizo que nace de una iniciativa aduanera destinada a coordinar y potenciar las políticas en materia de contrabando y tráfico ilícito de mercancías, y que se llevan a cabo desde las distintas aduanas a nivel nacional y las demás entidades públicas y sociales del país y del exterior.

Actualmente viene a ser el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la SUNAT para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, hacia y desde el territorio aduanero, aplicando las normas reglamentarias. (Calderon, 2012).

Art. 1° Contrabando. El que sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con treientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. (Calderón, 2012).

El art. 3 de la Ley N° 28008 señala que incurre igualmente en el delito de contrabando el que, con unidad de propósito, realice el contrabando de forma sistemática por cuantía superior a dos unidades impositivas tributarias, en forma fraccionaria, en un



solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno, que aisladamente serían considerados infracciones administrativas vinculadas al contrabando. (Calderón, 2012).

**Decreto Legislativo N° 1111. Que modifica la ley de los delitos aduaneros - ley N° 28008**

**Artículo 1°.- Contrabando** El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario queda prohibido, bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de los mismos.

La prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los instrumentos empleados para su comisión, alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declare que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia. En dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional.



De incautarse dichas mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito por otras autoridades, lo incautado será puesto a disposición de la Administración Aduanera con el documento de ley respectivo, en el término perentorio de tres (3) días hábiles. Esta disposición regirá sin perjuicio del deber de comunicar a la Administración Aduanera la incautación efectuada, dentro del término de veinticuatro (24) horas de producida

**Artículo 3°.- Contrabando Fraccionado** Incurrirá igualmente en los delitos contemplados en los tipos penales previstos en los artículos anteriores y será reprimido con idénticas penas, el que con unidad de propósito, realice el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un sólo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno, que aisladamente serían considerados infracciones administrativas vinculadas al contrabando.

**a) Descripción Legal**

Art. 1: “El que eludiendo el control aduanero ingresa mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional, cuyo valor sea superior a cuatro unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con treientos sesenticinco a setecientos treinta días-multa.

**b) Bien jurídico protegido.**

El bien jurídico protegido es el proceso de ingresos y egresos del Estado, pero específicamente protegido a los que percibe el Estado a través del control aduanero de las mercancías.

**c) Tipicidad objetiva**

Sujeto activo es cualquier persona. Sujeto pasivo es la Administración Pública, el fisco o el Estado que ve lesionado los ingresos que, por concepto de operaciones aduaneras, debe percibir.



El comportamiento consiste en ingresar mercancías del extranjero o extraerlas del territorio nacional, eludiendo el control aduanero.

Se elude el control aduanero, generalmente, tanto fuera de la jurisdicción de la Aduana, trasladando la mercancía por lugares no autorizados por la ley, al desviarse de los caminos establecidos para su internación o extracción, como también dentro de ella, cuando, de manera subrepticia, se consigue pasar la mercancía por la Aduana, por ej., escondiéndola en el doble fondo de la maleta u ocultándola entre la ropa.

El objeto material del delito de contrabando está constituido por mercancías siempre que su valor supere las cuatro unidades impositivas tributarias. Se entiende por mercancía todo bien mueble, susceptible de ser vendido, el cual puede ser ingresado o extraído del territorio nacional. Son bienes de obligatoria presentación ante el control aduanero, dado que, en caso contrario, no se podría configurar el tipo. El Código Penal no hace diferencia entre mercancías lícitas e ilícitas, por lo que comprende a ambas.

El monto por el cual ha de valorarse la mercancía debe superar las cuatro UIT, de esta manera, mediante este requisito, cuya naturaleza es de ser una condición objetiva de punibilidad, se establece el límite entre el ilícito administrativo y el delito de contrabando. No obstante, si el valor de la mercancía supera las veinte UIT, se configurara un tipo agravado de delito de contrabando (Art. 7, f) LDA.

#### **d) Tipicidad subjetiva**

Se requiere necesariamente el dolo.

Según Bramont (2010), la prueba del dolo consiste en acreditar que la conducta típica del contribuyente se haya encaminado conscientemente a burlar los tributos (dolo directo), lo que debe probar la autoridad judicial, recurriendo a diversos medios legales de prueba, en especial a instrumentales, testigos, etc., inclusive a través de la información de terceros e informes de peritos. (Sanabria, 1997).

El segundo inciso del artículo 81° de la Ley Orgánica de Aduanas determina que para la configuración de los delitos se requiere la existencia de dolo, en ese sentido, cabe perfectamente la presunción de dolo contenida en el artículo 33 del Código Penal, pero



esto no significa en ningún caso presunción de culpabilidad como algunos han querido interpretar. La presunción de inocencia no se ve alterada por la presunción de dolo, lo que establece la norma referida es acerca de la modalidad del acto y no otra cosa. (Calderon, 2012).

#### **- Grados de desarrollo del delito: tentativa y consumación**

Es necesario diferenciar, a los efectos de la consumación, según que la conducta consista en ingresar o extraer la mercancía el territorio nacional. Así, por lo que respecta al ingreso de mercancía de contrabando, en la medida en que este pueda realizarse bien por vías distintas al paso por aduana. Bien por la misma aduana, pero empleando medios subrepticios para pasar la mercancía sin ser sometida al control, hay que partir de estos supuestos para determinar cuándo se consuma el delito de contrabando.

Para los casos en los que el sujeto decide ingresar la mercancía sin pasar por Aduana, es decir, trasladándola a través de otras rutas no controladas, el delito se consumirá desde el mismo instante en que se encuentre en territorio nacional, con independencia de que el ingreso se haya realizado por vía aérea, marítima o terrestre, por lo que no es posible admitir aquí la tentativa. En cambio, si el sujeto pretende ingresar la mercancía, subrepticamente, a través de Aduana, el delito queda consumado cuando el sujeto pasa la aduana o es sorprendido en el control escondiendo la mercancía. Antes de esto, sería difícil hablar de tentativa por cuanto el sujeto siempre puede argumentar que su intención era la de declarar la mercancía.

En cambio, cuando se trate de extraer mercancía de contrabando, siempre y cuando el sujeto pase por Aduana escondiendo la mercancía, habrá un delito consumado si es sorprendido en el mismo control de Aduana con la mercancía, pero si es descubierto antes de pasar el control, habrá que considerar la existencia de una tentativa.

Pero si la extracción de la mercancía del país pretende realizarse utilizando vías distintas al paso obligado por Aduana, el delito está consumado desde el momento en que comienzan a realizarse los actos tendentes a permitir la salida de la mercancía.



No se exige para la consumación que el sujeto activo haya obtenido un provecho mediante el delito.

#### **- La Pena**

Se establece pena privativa de libertad no mayor de cinco ni mayor de ocho años y de trecientos sesenticinco a setecientos treinta días-multa. (Bramont, 2010).

#### **2.4.2 Modalidades de Contrabando. Ley 28008**

Constituyen modalidades del delito de Contrabando y serán reprimidos con las mismas penas señaladas en el artículo 1º, quienes desarrollen las siguientes acciones:

- a. Extraer, consumir, utilizar o disponer de las mercancías de la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas o por leyes especiales sin haberse autorizado legalmente su retiro por la Administración Aduanera.
- b. Consumir, almacenar, utilizar o disponer de las mercancías que hayan sido autorizadas para su traslado de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico, sin el pago previo de los tributos o gravámenes.
- c. Internar mercancías de una zona franca o zona geográfica nacional de tratamiento aduanero especial o de alguna zona geográfica nacional de menor tributación y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin el cumplimiento de los requisitos de Ley o el pago previo de los tributos diferenciales.
- d. Conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio de control aduanero.
- e. Intentar introducir o introduzca al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero utilizando cualquier documento aduanero ante la Administración Aduanera.

Para Cuellar Fernández citado por Calderón (2012), las modalidades de contrabando pueden presentarse del siguiente modo:

1. Hormiga: Cuando es camuflado en el equipaje y el cuerpo de las personas de condición humilde que pasan la frontera.
2. Caleta: Camuflado en compartimentos de vehículos.
3. Pampeo: Se utilizan vías alternas, pampas o trochas.
4. Culebra: Convoy de camiones de carga pesada.
5. Chacales: Personas contratadas para utilizar indebidamente la franquicia de la zona franca de Tacna.
6. Carrusel: Utilización repetida de un documento aduanero que se adultera con ese fin.

Modalidades de delito de contrabando que superan las cuatro unidades impositivas tributarias:

- a) El internamiento ilegal de mercancías procedentes del extranjero, cualquiera sea su clase burlando los controles aduaneros.
- b) Extraer mercancías de los recintos fiscales o fiscalizados sin que les hayan sido entregados legalmente por las autoridades respectivas.
- c) Consumir o utilizar o disponer de las mercancías trasladadas legalmente para su reconocimiento físico fuera de los recintos aduaneros sin el pago previo de los tributos.

**a) La Pena**

Se prevé pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y de treientos sesenticinco a setecientos treinta días-multa. (Bramont, 2010).

**b) Bien jurídico penalmente tutelado**

El contenido del bien jurídico protegido en el delito de contrabando no es acogido de manera unánime por la doctrina, que mantiene diversas opiniones entre las que destacan las siguientes:

- a) Se protege la Administración Tributaria, en tanto es ella la que sufre el perjuicio.



- b) Se protege el orden de la política económica, puesto que los comportamientos establecidos por la ley atentan contra sus intereses, en su versión de control de las mercancías, función asignada a la Administración Tributaria en un sentido amplio.
- c) Se protege el patrimonio del erario público; no obstante, el delito de contrabando también afectaría, como resultado propio de uno de los más genuinos delitos económicos, a toda una política económica y social que incide sobre el ahorro, la inversión, la distribución de la renta nacional. (Calderon, 2012).
- d) Se protege el interés concerniente al cumplimiento de la ley tributaria y a hacer más expedita la labor de la Administración Pública en sentido lato, en cuanto particularmente conviene garantizar el régimen de control aduanero, siendo este el bien jurídico de mayor preponderancia. (Bramont, 2010).

#### **2.4.3 Circunstancias agravantes. Ley 28008**

Serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa, los que incurran en las circunstancias agravantes siguientes, cuando:

- a) Las mercancías objeto del delito sean armas de fuego, municiones, explosivos, elementos nucleares, diesel, gasolinas, gasoholes, abrasivos químicos o materiales afines, sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características puedan afectar o sean nocivas a la salud, seguridad pública o el medio ambiente.
- b) Interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario un funcionario o servidor público en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, con abuso de su cargo o cuando el agente ejerce funciones públicas conferidas por delegación del Estado.
- c) Interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario un funcionario público o servidor de la Administración Aduanera o un integrante de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional a las que por mandato legal se les confiere la función de apoyo y colaboración en la prevención y represión de los delitos tipificados en la presente Ley.



- d) Se cometiere, facilite o evite su descubrimiento o dificulte u obstruya la incautación de la mercancía objeto material del delito mediante el empleo de violencia física o intimidación en las personas o fuerza sobre las cosas.
- e) Es cometido por dos o más personas o el agente integra una organización destinada a cometer los delitos tipificados en esta Ley.
- f) Los tributos u otros gravámenes o derechos antidumping o compensatorios no cancelados o cualquier importe indebidamente obtenido en provecho propio o de terceros por la comisión de los delitos tipificados en esta Ley, sean superiores a cinco Unidades Impositivas Tributarias.
- g) Se utilice un medio de transporte acondicionado o modificado en su estructura con la finalidad de transportar mercancías de procedencia ilegal.
- h) Se haga figurar como destinatarios o proveedores a personas naturales o jurídicas inexistentes, o se declare domicilios falsos en los documentos y trámites referentes a los regímenes aduaneros.
- i) Se utilice a menores de edad o a cualquier otra persona inimputable.
- j) Cuando el valor de las mercancías sea superior a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.
- k) Las mercancías objeto del delito sean falsificadas o se les atribuye un lugar de fabricación distinto al real. En el caso de los incisos b) y c), la sanción será, además, de inhabilitación conforme a los numerales 1), 2) y 8) del artículo 36° del Código Penal.
- l) Las mercancías objeto del delito sean productos industriales envasados acogidos al sistema de autenticación creado por ley.

**a) Pena y consecuencias accesorias**

Según la ley, la persona que comete el delito de contrabando en sus diferentes modalidades será reprimida con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Respecto las consecuencias accesorias, es preciso señalar que toda pena que impusiere por delito de contrabando llevara consigo el decomiso de los bienes, efectos e





instrumentos de aquel, encargándose la Administración Aduanera de su adjudicación o destrucción de acuerdo a los artículos 23° y siguientes de la Ley N° 28008.

El artículo 11° de la mencionada ley señala que si para la ejecución de un delito aduanero se utiliza la organización de una persona jurídica o negocio unipersonal, con conocimiento de sus titulares, el juez deberá aplicar, según la gravedad de los hechos conjunta o alternativamente, las siguientes medidas.

- a) Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos.
- b) Disolución de la persona jurídica.
- c) Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales de que disfruten.
- d) Prohibición temporal o definitiva de la persona jurídica para realizar actividades de la naturaleza de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Simultáneamente, con la medida dispuesta, el Juez ordenará a la autoridad competente la intervención de la persona jurídica para los fines legales correspondientes, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores.

Asimismo, el artículo 12° de la misma ley dispone que los responsables de los delitos fuesen extranjeros, serán condenados, además, con una pena de expulsión definitiva del Perú, la que se ejecutará después de cumplida la pena privativa de libertad en nuestro país. (Calderón, 2012).

#### **2.4.4 El contrabando en la Legislación Comparada**

##### **a) Chile**

##### **Artículo 168 de la OA**

Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o extraiga de él, mercancía cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas.

Comete también el delito de contrabando el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la hacienda pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle o mediante la no presentación de las mismas a la Aduana.

Asimismo, incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas los incisos precedentes.

## **b) Bolivia**

### **Artículo 166**

Comete delito de contrabando.

- a) Quien instruya o realice tráfico de mercancías para su introducción o extracción del territorio aduanero nacional en forma clandestina.
- b) Quien realice tráfico de mercancías sin la documentación legal o en violación de los requisitos esenciales exigidos por las normas aduaneras por leyes especiales.
- c) Quien realice transbordo de mercancías infringiendo disposiciones de esta ley o las descargue en lugares distintos de la aduana de destino salvo fuerza mayor comunicada en el día a la administración de la aduana.
- d) Quien tenga o comercialice mercancías cuya importación se encuentre prohibida.

## **c) Costa Rica**

### **Artículo 211. Contrabando.**

Quien introduzca en el territorio nacional o extraiga de él mercancías de cualquier clase, valor, origen o procedencia, eludiendo el ejercicio del control aduanero, aunque con ello no cause perjuicio fiscal, será sancionado.

## **2.5 Receptación Aduanera**

Conforme lo señala el artículo 6 de la Ley N° 28008, se sanciona como delito lo siguiente.



El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

### **2.5.1 Circunstancias agravantes Artículo 10°**

Serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa, los que incurran en las circunstancias agravantes siguientes, cuando:

- a. Las mercancías objeto del delito sean armas de fuego, municiones, explosivos, elementos nucleares, diésel, gasolinas, gasoholes, abrasivos químicos o materiales afines, sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características puedan afectar o sean nocivas a la salud, seguridad pública o el medio ambiente.
- b. Interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario un funcionario o servidor público en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, con abuso de su cargo o cuando el agente ejerce funciones públicas conferidas por delegación del Estado.
- c. Interviene en el hecho en calidad de autor, instigador o cómplice primario un funcionario público o servidor de la Administración Aduanera o un integrante de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional a las que por mandato legal se les confiere la función de apoyo y colaboración en la prevención y represión de los delitos tipificados en la presente Ley.
- d. Se cometiere, facilite o evite su descubrimiento o dificulte u obstruya la incautación de la mercancía objeto material del delito mediante el empleo de violencia física o intimidación en las personas o fuerza sobre las cosas.



- e. Es cometido por dos o más personas o el agente integra una organización destinada a cometer los delitos tipificados en esta Ley.
- f. Los tributos u otros gravámenes o derechos antidumping o compensatorios no cancelados o cualquier importe indebidamente obtenido en provecho propio o de terceros por la comisión de los delitos tipificados en esta Ley, sean superiores a cinco Unidades Impositivas Tributarias.
- g. Se utilice un medio de transporte acondicionado o modificado en su estructura con la finalidad de transportar mercancías de procedencia ilegal.
- h. Se haga figurar como destinatarios o proveedores a personas naturales o jurídicas inexistentes, o se declare domicilios falsos en los documentos y trámites referentes a los regímenes aduaneros.
- i. Se utilice a menores de edad o a cualquier otra persona inimputable.
- j. Cuando el valor de las mercancías sea superior a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.
- k. Las mercancías objeto del delito sean falsificadas o se les atribuye un lugar de fabricación distinto al real. En el caso de los incisos b) y c), la sanción será, además, de inhabilitación conforme a los numerales 1), 2) y 8) del artículo 36° del Código Penal.
- l. Las mercancías objeto del delito sean productos industriales envasados acogidos al sistema de autenticación creado por ley.

## 2.5.2 Transporte ilegal de mercancías

### a) Descripción Legal

Art. 3: “El que por cualquier medio, transporte o embarque o desembarque o transborde mercancías, cuyo valor sea superior a cuatro unidades impositivas tributarias, a sabiendas que proceden del contrabando, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

### b) Tipicidad objetiva

Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. Sujeto pasivo es la Administración Pública, el fisco o el Estado que ve lesionado los ingresos que, por concepto de operaciones aduaneras, debe percibir.

El comportamiento consiste en transportar, embarcar, desembarcar o transportar, por cualquier medio, mercancías cuyo valor sea superior a cuatro UIT. En realidad, con la tipificación de esta conducta no se pretende más que castigar también de manera específica determinados actos de colaboración en el delito de contrabando, especialmente aquellos referidos al traslado de la mercancía ya sea para internarla en el país, ya sea para sacarla del mismo, en la medida que la practica en estos delitos demuestra que son actos casi de auténtica cooperación necesaria en su comisión. Técnicamente no habría inconveniente en afirmar que aquí se tipifica un supuesto especial de auxilio primario en el delito de contrabando, sometido a una regla especial de determinación de la pena, distinta de la prevista, con carácter general, por el Art. 25 CP.

### c) Tipicidad subjetiva

Es necesaria la concurrencia de dolo. Pero, además, ha de concurrir un elemento subjetivo del tipo concretado en el conocimiento de que las mercancías proceden de un delito de contrabando. La ausencia de este elemento determinara la atipicidad de la conducta.

**d) Grados de desarrollo del delito: Tentativa y Consumación**

El delito se consuma con el transporte, embarque, desembarque o transbordo de la mercancía, sabiendo que procede del contrabando, y siempre que esta valga más de cuatro UIT, por lo tanto, los actos de carga y descarga de la mercancía en un buque o avión representa ya la consumación del delito, al venir comprendidos dentro del concepto de embarque y desembarque y ser indiferente el medio por el cual esto se realice. En base a esto no cabe la posibilidad de admitir la tentativa.

**-La Pena.**

Se prevé pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Bramont, 2008).

**2.6 Decomiso**

El decomiso es la pérdida de los efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva y el correlativo reconocimiento de la infracción punitiva y el correlativo reconocimiento de la titularidad de estos a favor del Estado; medida que es dispuesta por la autoridad jurisdiccional, mediando en debido proceso con la observancia de todas las garantías legales correspondientes. A fin de que el Juez pueda ordenar el decomiso, es necesario que el fiscal ejercite la pretensión de decomiso, lo que implica que al momento de formular su acusación debe requerir el decomiso de los bienes que tengan la calidad de objeto, instrumento, efecto o ganancia del delito; así como de los bienes mezclados, los bienes de las organizaciones criminales y los bienes equivalentes (decomiso por valor equivalente).

De otro lado, debe precisarse que también está previsto en nuestro ordenamiento el decomiso administrativo, que se impone en calidad de sanción administrativa a los autores de infracción ( no constitutivas de delito) a leyes especiales como la Ley de Delitos Aduaneros, las normas municipales cuya competencia corresponde a la Administración Aduanera, las Municipalidades y al INDECOPI. (Delgado, 2015).

## a.2 El sobreseimiento.

Gimeno Sendra, se entiende por sobreseimiento a la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada.

El sobreseimiento es la resolución emanada del órgano jurisdiccional en la etapa intermedia mediante el cual se pone fin al proceso penal iniciado con una decisión, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada, sin actuar el derecho punitivo del Estado. El sobreseimiento pese a poner fin al proceso penal reviste la forma de un auto y no de sentencia, pero este auto debe estar debidamente fundamentada. (Neyra, 2010).

Cortes Domínguez, citado por Neyra Flores (2010), explica que el sobreseimiento es una declaración judicial, de que no es posible abrir el juicio oral porque de antemano se sabe que por unas causas no es posible la condena del imputado, por lo que al negarse anticipadamente el derecho de penar del Estado, se exige la misma estructura que estrena la sentencia, sobre todo en lo que se refiere a hecho probatorio.

Claria Olmedo, señala que el proceso penal puede agotarse cognoscitivamente antes de llegar a la sentencia, para des-incriminar al imputado. Así ocurre cuando se dicta el sobreseimiento por el órgano jurisdiccional, el que procede en cualquier momento de la instrucción o investigación penal, o sea como coronamiento de las investigaciones o de las críticas instructoras, por algunas causales también durante el juicio, y por extinción de la pretensión penal en cualquier estado y grado de todo el proceso. (Claria, 1967).

Continúa el autor señalando que este sobreseimiento es definitivo en su eficacia, favoreciendo al imputado con el *ne bis in ídem* al igual que la sentencia absolutoria, pero no se trata en realidad de una absolución sino de un truncamiento del proceso que evita el juicio o su resultado.

El NCPP 2004 ha regulado el sobreseimiento requerido por el fiscal en la etapa intermedia ante el Juez de la investigación preparatoria, pero además también ha



previsto en etapas anteriores a la etapa intermedia el sobreseimiento provisional y definitivo en la etapa de la investigación preliminar.

Sin embargo, para que el Juez pueda dictar el sobreseimiento requerido por el Fiscal en la etapa intermedia se ha previsto una audiencia de control del sobreseimiento y en esta se tendrá que evaluar los presupuestos mínimos necesarios para que el Juez pueda dictar el auto de sobreseimiento.

En doctrina se admite que existen dos tipos de presupuestos esenciales que se debe cumplir para dictar un auto de sobreseimiento, a estos los podemos clasificar en materiales y formales.

San Martín, señala que son cuatro los presupuestos de derecho material que se han identificado en la doctrina procesal: a) insubsistencia objetiva del hecho, es decir cuando hay una absoluta convicción de que el hecho que dio origen al proceso nunca ha existido en realidad; b) inexistencia del hecho punible, cuando si bien el hecho investigado existe es atípico; c) falta de indicios de responsabilidad penal, es decir faltan indicios racionales de delictuosidad en el imputado, causa de justificación, legítima defensa, error vencible y, d) prueba notoriamente insuficiente para fundamentar la pretensión punitiva.

En cuanto al presupuesto formal están: que la acción se haya extinguido, que el hecho objeto de la causa no pueda atribuírsele al imputado por faltar un presupuesto que condiciona la válida iniciación del proceso penal.

Así, una vez que se de en la realidad uno de los supuestos en los que cabe el sobreseimiento, el Fiscal enviará al Juez de la investigación preparatoria el requerimiento de sobreseimiento, acompañado del expediente Fiscal. El Juez correrá traslado del pedido de la solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días.

Los sujetos procesales podrán formular oposición a la solicitud del archivo dentro del plazo establecido. La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, será fundamentada y





podrá solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes.

Vencido el plazo de traslado, el juez citará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales para una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento.

Para concluir debemos señalar que el sobreseimiento al igual que toda institución, tiene su justificación y esta se encuentra en todos los supuestos en donde en la instrucción no se haya tenido como resultado que el hecho por el que se procede no es constitutivo del delito penal, o simplemente no se haya descubierto al autor, es decir, que no se hayan podido reunir todos los elementos necesarios para decretar la apertura del juicio oral, dicho proceso quedaría en un estado de suspensión. La paralización o pendencia indefinida en que quedaría el proceso se evita con el sobreseimiento y este es el fundamento de su existencia legal, en el que coincide la doctrina. De este modo, el auto de sobreseimiento se dicta para poner término o dejar “cerrada” la instrucción en los casos en los que no es posible pasar a la fase del juicio oral. (San Martín, 2010).

### **a.3 Clases de sobreseimiento**

**a) Sobreseimiento libre.** Se produce cuando de la investigación se deduce la imposibilidad de imponer la pretensión, formular la acusación.

- a) Cuando no existen indicios razonables de la comisión del hecho delictivo.
- b) Cuando el hecho no sea constitutivo de delito, o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores o cómplices.

**b) Sobreseimiento provisional.** Se produce cuando de la investigación resulta la insuficiencia de elementos fácticos y probatorios para formular acusación contra una determinada persona, provocando la suspensión del proceso, a pesar de la existencia del delito. (Neyra, 2010).

Romero Prados citado por Neyra Flores (2010), señala que el sobreseimiento provisional ha sido dispuesto para cuando tras la culminación de la instrucción no se consigue reunir los datos necesarios para pasar al juicio oral, y en estos supuestos el

Estado se ha querido reservar la posibilidad de continuar nuevamente la causa si datos posteriores así lo permiten; y en atención a ello es que merece también un tratamiento diferenciado respecto al libre en orden a determinar su naturaleza jurídica, fundamentalmente porque no produce, al menos de forma inmediata, la terminación del proceso penal, sino que posibilita la reapertura de la causa cuando nuevos datos permitan continuar el proceso. Produce la terminación no definitiva, temporal o provisional del proceso, o la suspensión de su curso, porque en este caso la improcedencia de abrir el juicio se debe a que a pesar de haber realizado la instrucción o investigación, no se han reunido los datos necesarios para pasar al juicio o para sobreseer libremente. (Romero, 2010).

Según señala Neyra (2010), en atención a la pluralidad de los imputados, el sobreseimiento puede ser total o parcial.

- a) Sobreseimiento total. Cuando existe una pluralidad de imputados, ninguno de ellos tiene participación alguna en el hecho punible por lo que la solución es el auto de sobreseimiento para todos.
- b) Sobreseimiento parcial. Cuando existe pluralidad de imputados y subsisten indicios de criminalidad contra alguno de ellos, el juicio oral se abrirá contra quienes no favorezca el sobreseimiento.

#### **a.4 Audiencia de control de sobreseimiento**

Una vez finalizado la investigación preparatoria, el Fiscal formula el requerimiento de sobreseimiento ya sea porque el hecho denunciado no se realizó o no se le puede atribuir al imputado, porque el hecho no es típico, o porque existe una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad o, porque la acción penal se ha extinguido o cuando no exista elementos probatorios que sustenten la acusación, el juez de la investigación preparatoria llamará a una audiencia de control de sobreseimiento, para la cual citará a las partes, las escuchará por su orden y se debatirán los fundamentos del requerimiento y quedará expedito para resolver.

En caso el Juez no esté de acuerdo con el requerimiento de sobreseimiento del Fiscal, dictará auto motivado elevando las actuaciones al Fiscal Superior, a fin de que



ratifique o varíe la solicitud del Fiscal provincial, en caso varíe ordenará que otro Fiscal formule acusación.

Otra cuestión que prevé el Nuevo Código, es que el juez de la investigación preparatoria, sin expresar estar de acuerdo o en desacuerdo con la solicitud de requerimiento, si considera admisible y fundado dispondrá la realización de una investigación suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el fiscal debe realizar.

## 2.7 Medidas Cautelares

### 2.7.1 Concepto

Son los actos realizados por la autoridad penal (que si es jurisdiccional- regla general-, requiere de una resolución fundada compatible con los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad: Art. 253°.2 del Nuevo Código Procesal Penal) que pueden adoptarse contra el presunto responsable de un hecho punible, como consecuencia de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. Están sometidas a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad, y son conducentes a viabilizar la efectividad de la tutela jurisdiccional que pudiera otorgarse en una eventual sentencia condenatoria. (San Martín, 2015).

Para Andrés de la Oliva Santos “Las medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del *ius punendi*”. (De la Oliva, 2003).

Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del



procedimiento penal (tal y como acontece con los procedimientos simplificados de citación directa o por “flagrante delito” del derecho comparado) no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento medida cautelar alguna. Pero desgraciadamente esta solución, por regla general, es utópica, el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un excesivamente dilatado periodo de tiempo, durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares. (Gimeno, 2007).

### 2.7.2 Características de las Medidas Cautelares.

Según Reyna (2015), las características de las medidas cautelares son las siguientes:

**1.- Instrumentalidad.-** Las medidas cautelares, como es lógico, no son un fin en sí mismo, sino que sirven como medio de realización de fines ulteriores: Los de tutela jurisdiccional, a plasmarse en la sentencia definitiva la imposición de una medida cautelar debe reconocer dicha condición instrumental.

**2.- Urgencia.-** Se alude a la urgencia como uno de los elementos caracterizadores de las medidas de cautela procesal, pues si las mismas se otorgan con retardo carecerían de todo objeto. Si la cautela procesal se otorga con dilación, el peligro que se pretende neutralizar podría producirse o intensificarse, lo que haría de la misma una mera declaración sin efectos prácticos.

**3.- Proporcionalidad.-** La legitimidad de las medidas de cautela procesal se vincula a su proporcionalidad. El juzgador, al momento de conceder tutela cautelar debe escoger la medida que resulte proporcional al peligro procesal que se intenta evitar.

**4.- Variabilidad.-** Si el sustento de la cautela procesal es la existencia de un peligro procesal, resulta absolutamente lógico entender que al desaparecer o amenguarse el mismo la necesidad de cautela procesa pueda extinguirse o variar.



**5.- Provisionalidad.-** Las medidas cautelares no tienen carácter definitivo, es decir, se encuentran limitadas a la existencia de una situación fáctica de riesgo de no realización de la tutela jurisdiccional solicitada.

**6.- Jurisdiccionalidad.-** Las medidas cautelares solo pueden ser establecidas por Juez competente, descartándose la posibilidad que sean impuestas por órganos de naturaleza no jurisdiccional.

Esta característica, por cierto, tiene ciertas excepciones: la detención policial en casos de flagrancia delictiva; y, las medidas preliminares restrictivas de libertad. No obstante, el gravamen que dichas medidas importan se atenúa con las estrictas condiciones legales para su imposición. (Reyna, 2015).

Sánchez Valverde (2004), señala que nuestro ordenamiento procesal en materia de medidas cautelares, además de regirse bajo los principios y presupuestos presentan las siguientes características.

- a) Se dicta dentro de un proceso penal. El Juez penal decide las medidas cautelares y las ordena en el auto de apertura de instrucción, conforme a lo dispuesto por la ley (art. 79° y 94° del C. de P.P). También se resuelven durante el desarrollo del proceso. Excepcionalmente y previamente se pueden dictar antes de iniciarse un proceso penal, es decir durante la investigación preliminar, según lo establece la ley N° 27379.
- b) Son ordenadas por la autoridad jurisdiccional que conoce el proceso penal. Los representantes del Ministerio Público carecen de tal facultad, pero pueden solicitar su aplicación o emitir opinión previa, en los casos que la ley señala.
- c) Son ordenadas por la autoridad jurisdiccional, generalmente de oficio, por disposición legal y por necesidad propia de la instrucción, con excepción de la libertad provisional; lo que no impide que el Fiscal o los demás sujetos procesales puedan formular su petición al Juez.
- d) Pueden ser modificadas de oficio por la misma autoridad que la ordena, como en el caso, ya comentado, de la variación de la medida de detención judicial.



- e) Las resoluciones que las ordena son susceptibles de impugnación por la parte disconforme con la decisión, las mismas que serán resueltas por la autoridad jurisdiccional inmediata superior, de acuerdo con las disposiciones procesales.
- f) Se requiere la opinión previa del Fiscal, en los casos que la ley así lo establece.

### **2.7.3 Criterios para la imposición de Medidas Cautelares.**

La doctrina enseña el empleo de determinados criterios genéricos para la adopción de las medidas cautelares.

- a) La descripción breve de los hechos, con indicación clara de las normas transgredidas.
- b) El análisis de los presupuestos que exigen las leyes para la adopción de las medidas cautelares, así como los elementos probatorios que justifiquen la medida.
- c) La determinación del término de duración de la medida en los casos exigidos por la propia ley procesal (sobre todo para los supuestos de incomunicación, impedimento de salida, secuestro de documentos, allanamiento, clausura y vigilancia de locales, inmovilización). (Sánchez, 2004).

### **2.7.4 Presupuestos para la adopción de Medidas Cautelares.-**

En doctrina se ha establecido que para poder aplicar una medida cautelar debe cumplirse con dos presupuestos y son:

1° la verosimilitud del objeto del proceso, esto es, que conste en la causa la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito del que una persona aparezca como probable responsable, y 2° la actitud sospechosa del inculpado, es decir, que se pueda temer que éste, con su conducta, obstaculizará o impedirá el desarrollo del proceso”. (De la Oliva, 2003)

a) **El *fumus bonis iuris***

Ortells Ramos, radica en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada; es la imputación misma de un delito o juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida, el mismo que ha de fundarse en los resultados de los actos de investigación del procedimiento preliminar o de la actividad policial previa al mismo. Por ejemplo el *fumus boni iuris* en la detención judicial se manifiesta cuando se exige para su determinación, la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincule al imputado como autor o participe del mismo. (Art. 135 del CPP).

b) **El *periculum in mora***

Conforme a esta exigencia, se busca garantizar el éxito del proceso y hacer efectiva la sentencia a la que se arribe frente a las distintas situaciones que pudiera presentarse para impedir o dificultar su ejecución. Es necesario asegurar la presencia del imputado al proceso penal, pero también es importante proteger la prueba e incluso, asegurar el eventual pago de una reparación civil.

El peligro procesal puede ser latente en un proceso penal, de allí que se afirme que el llamado *periculum in mora* radica en el peligro de fuga del imputado, de ocultación personal, del entorpecimiento de la actividad probatoria o en el ocultamiento de sus bienes patrimoniales.

Ciertamente, el peligro de fuga se acrecienta en la medida de que el delito sea más grave y por lo tanto la pena conminada es más elevada; y, a contrario sensu, si el delito prevé pena privativa de la libertad mínima o solo pena alternativa o privativa o es posible proyectarse en una condena condicional, habrá de presumirse la inexistencia del peligro de fuga y, consecuentemente, no habría necesidad de aplicar una medida coercitiva menos severa.

En el caso de la libertad provisional, no es que desaparezca el presupuesto de *periculum in mora*, sino su exigencia es menor, de allí que se disponga la caución y el cumplimiento de determinadas reglas de conducta que, caso contrario, harán posible revocar dicha medida por la detención (art. 182°, 186° y 187° CPP). (Sánchez, 2004).



El primer presupuesto de la medida cautelar consiste en la determinación de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida. Se trata del *fumus boni iuris* o apariencia o justificación del derecho subjetivo, el juicio de probabilidad o de prueba semiplena que sustenta el cumplimiento de este presupuesto se funda en los resultados de los actos de investigación del procedimiento preliminar o de la actividad policial o fiscal previa al mismo.

El segundo presupuesto de la medida cautelar se integra por aquellos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige a conjugar. Se trata del “*periculum in mora*” o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento que está determinado por el peligro de fuga o de ocultación personal o patrimonial del imputado.

A su vez el *periculum in mora*, según puede desprenderse de lo expuesto, consta de dos notas características: la inminencia y la irreparabilidad, que deben concurrir en el daño causado por la demora de la sentencia y que conducen a una tutela cautelar rápida o urgente. (San Martín, 2003).

### **i) Efectos de las medidas cautelares**

En el proceso penal, los efectos de las medidas cautelares están en función a las clases de medidas que existen, si son reales o personales. Las primeras pueden tener efectos de mero aseguramiento (embargo, secuestro o incautación), de conservación de una situación pero no como simple aseguramiento, que buscan evitar el riesgo de que la demora permita la comisión de conductas o hechos que imposibiliten o dificulten la concreta posibilidad de actuación de la sentencia (los secuestros de ejemplares ilícitos en los delitos contra los derechos de autos, art. 221° del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 822), y efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión (clausura de establecimiento que atenta contra el ambiente, art. 314°



del Código Penal; y, ministración provisional de la posesión, Decreto Legislativo N° 312). Las segundas, en cambio solo tienen efectos de aseguramiento, pues cualquier anticipación en satisfacer el *iuspuniendi* colisionaría con el derecho de la presunción de inocencia. (San Martín, 2003)

## ii) Principios en la aplicación de medidas cautelares

La aplicación de las medidas coercitivas debe guiarse por preceptos generales, esto está referido a los principios rectores o informadores de la normativa y a las finalidades que han de perseguirse con la adopción de estas medidas, ya que con ellas se limitan los derechos del individuo.

a) **Principio de Legalidad.** Este principio tiene sustento constitucional en el Art. 2.24.b que señala que “no está permitida forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley”.

De igual modo el art.2.24.f establece que la detención se produce por orden judicial o por flagrancia. Así pues las restricciones a la libertad son tasadas, deben estar debidamente establecidos en la ley, de igual forma el plazo, la forma y el procedimiento debe estar predeterminado.

b) **Principio de Necesidad.** Es decir solo se aplicaran cuando sean estrictamente necesarias para los fines del proceso, teniendo en cuenta que la presunción de inocencia comprende también al trato como inocente y que la regla es la libertad y la detención es la excepción.

c) **Principio de Proporcionalidad.** Debe entenderse como la equivalencia que debe existir entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal.

Este principio funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución de



conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz.

d) **Principio de prueba suficiente.** Hace referencia a que deben existir suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como “autor o participe del mismo”. Así, este principio exige que haya prueba sobre el hecho imputado cuando su vinculación del mismo con el procesado.

e) **Principio de provisionalidad.** Son provisionales pues se cumplen por determinado plazo, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus* ya que su permanencia o modificación estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

f) **Principio de excepcionalidad.** En un sistema acusatorio la libertad siempre es la regla, solo en razones excepcionales y estrictamente necesarias es justificada la limitación a este derecho fundamental. (Neyra, 2010).

Para Sánchez Velarde, la afectación a los derechos de la persona con la adopción de las medidas cautelares deben sustentarse en determinados principios reconocidos por las leyes y normas internacionales. Estos principios son:

a) **Excepcionalidad.** Esta excepcionalidad obliga a la autoridad judicial a pensar, en principio, en no ordenar medida alguna que restrinja el derecho a la libertad de la persona o la restricción de alguno de sus derechos. En tal sentido, la regla debe constituir en la simple citación o comparecencia al imputado a fin de que se presente ante el juez cada vez que se le requiera; y solo cuando se estime necesario para el proceso.

b) **Provisionalidad.** La situación jurídica del imputado respecto del hecho punible que se investiga se define en la sentencia; en consecuencia, las medidas restrictivas de sus derechos no pueden ser definidos antes sino es con el carácter de provisionalidad.



La detención judicial de una persona no puede ser considerada como una pena anticipada, el embargo de los bienes del imputado no son definitivos sino provisionales.

c) **Finalidad.** Se aplican las medidas cautelares o coercitivas con la única finalidad se asegurar la presencia del imputado al proceso penal; el cumplimiento de los objetivos de este y el posible resarcimiento del daño o perjuicio causado. A contrario sensu, no se aplican con fines distintos a los propios del proceso penal.

d) **Taxatividad.** Solo se aplican las medidas cautelares previstas expresamente en la ley. La ley procesal establece las medidas coercitivas que puede imponer la autoridad judicial y, además, contiene determinas formalidades que deben de cumplirse necesaria y debidamente; por ello, no se podrá aplicar medida cautelar regulada en las normas de procedimiento.

e) **Judicialidad.** Este principio exige que las medidas cautelares en el proceso penal solo se apliquen por la autoridad jurisdiccional. Puede ser ordenada de oficio por el Juez o a petición del Fiscal, de la parte agraviada y también del imputado. No puede negarse esta posibilidad de petición al imputado, pero solo para efecto de que el Juez cambie la medida por una menos severa.

f) **Motivación.** Es parte de la exigencia constitucional motivar las resoluciones judiciales. La decisión sobre la adopción de una medida coercitiva se hace efectiva mediante auto dictado por el Juez. Esta resolución debe ser debidamente sustentada, no cabe entonces consignar cuales son los presupuestos que la ley establece, por ejemplo, para la detección judicial (art. 135° C.P), sino sustentar como es que cada uno de ellos se encuentra o no satisfecho.

g) **Proporcionalidad.** Las medidas cautelares se deben dictar manteniendo la proporcionalidad con los fines del proceso penal y atendiendo las necesidades asegurativas respecto del proceso. Por ejemplo, podría ser calificado de



desproporcionado dictar mandato de detención ante la imputación por delito de lesiones leves o usurpación o quizá daños a la propiedad; o caso contrario, dictar comparecencia simple ante un hecho de homicidio doloso con elementos de juicio sobre la autoría del imputado y posibilidad de fuga.

h) **Razonabilidad.** La imposición de las medidas cautelares exige de la autoridad judicial una exposición razonada de los fundamentos que lo sustentan. La adopción cualquier medida debe ser debidamente expuesta en razones jurídicas suficientes por la autoridad jurisdiccional.

i) **Reformabilidad.** Esta reforma o variación de las medidas cautelares puede disponerse de oficio o a petición de la parte interesada. Entonces, la misma autoridad que dicto la medida puede reformarla cuando varíen los presupuestos que motivaron su imposición o rechazo; lo que es, naturalmente, de sentido común. Ciertamente, si los motivos que posibilitaron la adopción de la medida por el Juez dejan de ser suficientes para mantenerla, dicho órgano judicial deberá reducir su intensidad o simplemente revocarla; pero igualmente en sentido contrario, al haber aumentado la vinculación del autor con el delito, la prognosis de pena y el peligro procesal, el Juez deberá optar, aún de oficio, por la agravación de la medida cautelar. (Sánchez, 2004).

### iii) Clases de Medidas Cautelares

La doctrina reconoce dos tipos de medidas cautelares penales: las personales y las reales o patrimoniales. José Tomé Paule puntualiza que las primeras pretenden asegurar la presencia física del imputado en el proceso, mientras que las segundas pretenden impedir la insolvencia sobrevenida del presunto responsable o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito y asegurar las acciones civiles derivadas del delito. (Derecho Procesal Penal, 2001).



## 1. Medidas cautelares personales.-

Según San Martín (2001), las medidas cautelares personales tienen una mayor importancia en el proceso pues afectan la libertad personal, que es un derecho fundamental reconocido en el art. 2º de la Constitución. El derecho a la libertad personal puede ser afectado de modo diverso, así tenemos lo siguiente:

- a) La detención preliminar.
- b) La detención judicial.
- c) La comparecencia
- d) El arraigo o impedimento de salida.

### a) La detención preliminar

El art. 2º, 24, “F” de la Constitución reconoce dos clases de medidas cautelares de privación de libertad: la detención preliminar, realizada por las autoridades policiales, y la detención judicial. La primera ha sido desarrollada acabadamente por el texto fundamental, al precisar el motivo, el plazo y el control de dicha detención. La segunda esta apenas insinuada, pues la norma fundamental solo hace mención a sus presupuestos formales, esto es, que debe ser dictada por mandato escrito y motivado del juez. (San Martín, 2003).

### b) La detención judicial

Según enfatiza Ramos Méndez, la detención judicial, anticipa la ejecución futura por la necesidad de garantizar la disponibilidad el imputado a resultados del proceso penal.

### c) La comparecencia

La comparecencia o citación cautelar es una medida cautelar que presupone una mínima constricción posible de la libertad personal. El imputado está sujeto al proceso, de ahí que siempre representa una limitación a la libertad personal. La comparecencia



está prevista en el Art. 143° del Código Procesal Penal para las imputaciones por delitos leves y para aquellos casos en que no exista peligrosidad procesal.

#### **d) El impedimento de salida**

El Art. 146° del Código Procesal Penal de 1991 considera el impedimento de salida como una medida independiente. La función que le asigna dicha norma, sin embargo no es meramente cautelar, radicada en el imputado y para evitar fuga y/o entorpecimiento de la actividad probatoria, pues también se extiende al testigo, en cuyo caso está configurada como una medida coercitiva tendente a garantizar la “indagación de la verdad”.

El impedimento de salida, en cuanto medida cautelar que restringe el derecho de circulación de las personas, garantizado por el Art. 2°.11 de la Constitución, debe dictarse mediante auto fundado, es decir, resolución motivada con indicación de los fundamentos de hecho y de la ley aplicable (Art. 139° .59 de la Constitución) y con absoluto respeto al principio de proporcionalidad: solamente se impondrá sino resulta suficiente la medida alternativa de obligación de no ausentarse de la localidad prevista en el inc. 3 del art. 143 de la ley en la medida estrictamente necesaria, en tanto exista riesgo tangible, para evitar la fuga del imputado. (San Martín, 2003).

## **2. Medidas cautelares patrimoniales o reales.**

Se entiende por medidas cautelares reales o patrimoniales las resoluciones provisionales y regidas por el principio dispositivo, que ocasionan la apertura de la “pieza de responsabilidad civil”, mediante las cuales se asegura la pretensión civil de resarcimiento acumulada al proceso penal, así como las costas procesales, el comiso y las penas pecuniarias que, de la comisión del delito, puedan derivarse.

Las medidas cautelares reales propias del proceso penal, que tienen por objeto garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia que se dicte y que posean un contenido patrimonial, esto es, el relativo a las penas de multa y de comiso, así como al pago de las costas procesales. (Gimeno, 2007).

“Las medidas cautelares reales pueden afectar o bien la conservación de los efectos o instrumentos del delito para asegurar la restitución de las cosas que la ley exige. (Art. 102° del Código Penal) o bien para evitar una insolvencia que haría imposible la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito (Art. 93° del Código Penal). Son:

- a) El embargo.
- b) El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas.
- c) La inmovilización de cosas muebles.
- d) La ministración provisional de la posesión.
- e) La suspensión de la actividad contaminante. (Derecho Procesal Penal, 2001).

a) **El embargo**

El embargo está destinado a asegurar cautelarmente la reparación civil, en puridad, la responsabilidad civil emergente del delito (Art. 94 del Código de 1940 y 172 del Código de 1991). La indagación de los bienes de quienes resulta responsables civiles del delito corresponde al titular de la persecución pública, sin que a ello obste la intervención del actor civil, lo cual fluye el Art. 173° del Código de 1991 e implícitamente del art. 94° del Código de 1940 (si el juez es el director de la investigación y en ella colabora el Ministerio Público, es obvio que integrando el fallo la reparación civil, la investigación debe comprender ese extremo). (San Martín, 2003).

b) **El secuestro o incautación de bienes**

El secuestro o incautación es una medida cautelar real que asegura la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia que se dicte, en cuanto tengan un contenido patrimonial, es decir, de la multa y del decomiso.

El art. 156 del Código de 1991 reconoce el secuestro o exhibición forzosa de una cosa relacionada con la investigación. Esta norma, en puridad, regula de modo general una medida de aseguramiento y conservación de cosas, de carácter coercitiva.

### - **El secuestro en el Código de 1991**

Como las medidas asegurativas están consideradas en la doctrina como un puro acto de coerción directa, inicialmente no se necesita una resolución judicial expresa para acordarlas inicialmente, siendo paradigmático a este efecto el caso de las medidas dispuestas en sede preliminar. La incautación puede dictarse tanto por la policía (art. 106°, Incs. 4,9 y 11 del Código de 1991), cuanto por el fiscal en los casos de peligro por la demora (art. 160°), así como regularmente por el Juez, antes o después de iniciada la instrucción formal (arts. 157° y 107°, tercer párrafo).

Las medidas adoptadas al inicio de las investigaciones están caracterizados por la noción de extrema urgencia, por lo que el nivel de imputación que requieren es mínimo, bastando una relación más o menos cierta con el suceso típico objeto de investigación. En todo caso, corresponde al Juez en su oportunidad pronunciarse, en orden a su revocación y su mantenimiento, mediante resolución fundada, toda vez que se está restringiendo un derecho fundamental.

El art. 161° del Código de 1991 ratifica que la medida, en lo esencial, tiene una finalidad probatoria. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa cuya exacta medida será determinada por el Juez de la causa en atención al principio de proporcionalidad se ejecuta en cosas u objetos de poder de quien se encuentre, sea el propietario, poseedor, administrador, tenedor o un tercero cualquiera. Obviamente, su imposición está condicionada a que se trate de una cosa u objeto relacionado con el delito, que puede ser considerada una pieza de convicción, instrumento o efecto del delito.

Constituida la policía al lugar de comisión del delito, la ley la autoriza a “recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito”. En caso de delito flagrante o de inminente peligro de su perpetración, puede “efectuar, bajo inventario, los secuestros e incauciones necesarias...”. En la investigación preliminar, si se trata de documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que puede servir a la investigación, está facultada a inmovilizarlos, en aras de lograr el secuestro judicial a petición del Fiscal (art. 106°). La inmovilización en este último caso no es una





medida coercitiva autónoma, sino un simple acto aseguratorio previo a la incautación por orden judicial.

El Fiscal es el sujeto procesal legitimado para pedir el secuestro o incautación y la exhibición forzosa de las cosas u objetos relacionados con el delito. Su solicitud debe ser detallada y fundamentada. Debe precisar el bien que desea se exhiba o secuestre y, en su caso, para filmar, grabar o fotografiar la diligencia, así como precisar el apercibimiento en caso de desobediencia al mandato. Obviamente, la desobediencia traerá consigo la comisión de un delito de resistencia, desobediencia o violencia a la autoridad, que puede concurrir con el desacato o lesiones, según el caso.

Obtenida la resolución autoritativa, compete al Fiscal llevar a cabo la incautación, disponiendo de ser el caso el auxilio policial. La diligencia, que se documentara en un acta, requiere la previa citación de los sujetos procesales y un señalamiento de fecha determinada.

La exigencia de una resolución judicial autoritativa se excepciona en dos supuestos: a) delito flagrante; y, b) peligro por la demora, en cuyo caso el Fiscal realizara directamente la diligencia, con auxilio policial si es necesario. Ejecutada la diligencia, el Fiscal debe solicitar al Juez una resolución confirmatoria de la diligencia realizada. El Juez apreciara, para probar la diligencia, si concurrieron los supuestos de flagrancia o de peligro por la demora y, en todo caso, si correspondía la medida, es decir, se trataba de cosas u objetos relacionados con el delito. El peligro por la demora constituye un juicio estimado, realizado en primer lugar por el Fiscal y segundo lugar por el Juez, en virtud del cual y a afectos probatorios y/o cautelares resulta impostergable disponer la inmediata aprehensión de una cosa u objeto relacionado con el delito.

Si los bienes secuestrados no fueran útiles a la investigación o su adquisición ha sido debidamente documentada, en tanto no se encuentran dentro de los supuestos de secuestro con fines cautelares, sobre los que va recaer la medida accesoria de decomiso, el art. 161° autoriza a devolverlos o entregarlos a su propietario, o en todo caso permite su entrega provisional en calidad de depósito, bajo cargo de exhibirse cuando fuera necesario. El art. 161° contiene una regla específica: prescribe que los

bienes sustraídos serán entregados indefectiblemente al agraviado. En cambio, si el bien no tiene dueño conocido o no se ha podido identificar al autor del delito, transcurridos seis meses, independientemente a sus consideración de instrumento, efecto o pieza convicción puede ser rematado y el valor obtenido destinado al Tesoro Público (art. 162°).

#### - **El secuestro en el Código de 1940**

El Código de Procedimientos Penales de 1940, en materia de secuestro o incautación como en muchas otras, es muy parco, el art. 59° dedicado a la policía judicial prescribe que ella en su función de auxiliar de la administración de justicia investigara los delitos y faltas... y pondrá a disposición judicial “los elementos de prueba y efectos de que se hubiese incautado”. A su vez, los arts. 170° y 171° estatuyen lo siguiente.

1. Si el delito ha dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez o el que haga sus veces (se refiere a la policía o al Juez de paz cuando actúa en vía de comisión rogatoria) los recogerá y conservara para el juicio oral.
2. Los instrumentos, armas (que pueden ser instrumento, objeto o efecto del delito, según el caso) se sellaran.

No existe en la ley vigente una clara diferenciación de secuestro conservativo y secuestro cautelar, ni define la función del Juez respecto de las medias adoptadas por la policía. El art. 188° se limita a señalar que los objetos materia del delito podrán ser devueltos a su dueño, dejándose constancia en autos.

#### c) **La inmovilización de bienes muebles**

El capítulo IX el Título III “De las medidas coercitivas” del libro I del Código Procesal Penal de 1991, regula expresamente tres medidas instructoras coercitivas: la clausura de locales, la vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles. Las tres medidas tienen de común que se tratan de actos aseguratorios previos al secuestro de bienes con fines conservativos o cautelares. La inmovilización de cosas muebles puede tener finalidades conservativas o cautelares, pero la vigilancia y la clausura de locales solo tienen finalidad conservativa, exclusivamente probatoria.



La inmovilización procede contra cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser puestas y mantenidas en depósito, es decir, que no puedan ser trasladadas a un lugar determinado con fines de depósito. El depósito es el acto que permite hacer efectivo el secuestro y el asegurar el bien en cuestión; la aprehensión de cosas y bienes está orientada al depósito, con el que se concreta el secuestro; luego, si no se puede llevar a cabo el depósito, por la naturaleza o la dimensión del bien mueble, en el caso dicta la inmovilización.

**d) La recuperación cautelar del bien usurpado o ministración provisional de la posesión**

La recuperación cautelar del bien usurpado, bajo la denominación de “ministración provisional de la posesión”, está sujeto a tres presupuestos materiales. El “*fumus boni iuris*” se concreta en dos niveles: 1. Necesidad que el delito de usurpación este acreditado en cuanto objetividad típica, que existan suficientes elementos de convicción acerca de la vinculación delictiva del imputado y que el ilícito se haya perpetrado dentro del año anterior al auto de apertura de instrucción. 2. Prueba acabada de que el agraviado es el titular de algún derecho real sobre el inmueble ocupado por el imputado. Es de recordar que la imputación razonable descansa no solo en la existencia del delito sino también en la atribución del hecho a su autor y que un requisito adicional que impone la ley es que el delito haya sido perpetrado dentro del año anterior al procedimiento penal.

El “*periculum in mora*”, como toda medida cautelar real, está centrado en los riesgos que para la efectividad de la sentencia pueda derivarse del tiempo necesario que debe transcurrir hasta su emanación. La demora en la expedición del fallo condenatorio tendería contra la eficacia del mismo y evitaría que el imputado, quien *prima facie* no tiene derecho a la posesión del inmueble, se haga fuerte en su ilícita posesión y perjudique ostensiblemente al agraviado.

La seguridad que exige la ley para estimar acreditado el *fumus boni iuris*, dado que esta medida adelanta acabadamente los efectos el fallo condenatorio, es que el Juez debe apreciar los extremos de la imputación previa realización de una diligencia de inspección judicial, en cuyo desarrollo puede actuar las pruebas urgentes que resulten

necesarias para determinar la realidad de la comisión delictiva y el derecho o interés jurídico vulnerado a la víctima.

**e) La suspensión de la actividad contaminante**

El Art. 314° del Código Penal prevé expresamente otra medida cautelar innovativa: la suspensión de la actividad contaminante, que en buena cuenta consiste en la anticipación de una las consecuencias jurídicas del delito a fijarse en la sentencia. Dicho artículo estatuye lo siguiente: “El Juez penal ordenará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, de conformidad con el art. 105°, inciso 1, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental.

Esta norma, si bien merece una interpretación correctora, tiene indudables efectos preventivos en el control del delito ecológico. Impone el Juez penal la aplicación de dos medidas: 1. Una cautelar, que es la de facultar al Juez, de cumplirse sus presupuestos, la suspensión inmediata de la actividad contaminante; y 2. Otra considerada como una consecuencia accesorio, que es la clausura definitiva o temporal del establecimiento contaminador. Sólo la primera medida puede ser aplicada por el Juez Penal en el curso del procedimiento penal, a la que la ley rotula expresamente de “medida cautelar”. La segunda medida, en cambio, se impondrá, obligatoriamente, al dictarse sentencia condenatoria e ira anexa a la pena y reparación consiguiente. En este último caso la ley presume que la actividad contaminante se da por la ínsita peligrosidad objetiva de la persona jurídica, basada en un defecto de organización que facilita la comisión del delito ecológico. (San Martín, 2003).

## **2.8 El NCPP distingue las medidas de coerción procesal entre personales y reales**

### **Medidas cautelares de carácter real**

Son aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, con la finalidad de impedir que durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del



imputado, afecten la efectividad de la sentencia con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso.

Las medidas cautelares se clasifican en:

a) **Embargo.** Constituye una medida cautelar patrimonial útil para asegurar el pago de la reparación civil si al final del proceso se dictara sentencia condenatoria; supone la retención preventiva de los bienes del investigado.

El embargo significa una afectación jurídica que se impone a un bien (mueble o inmueble), que debe revertir un monto dinerario determinado, de cuya inscripción en el registro respectivo, lo hace oponible al derecho de terceros. El embargo puede recaer en bien de tercero, siempre y cuando se acredite una vinculación jurídica con el imputado, el que no necesariamente será el tercero civil responsable.

b) **Incautación.** El Código autoriza a la policía o el Fiscal, durante las primeras diligencia o en el curso de la investigación preparatoria, a incautar los efectos provenientes del delito o los instrumentos con que se hubiera ejecutado, siempre que exista peligro en la demora. Dicha incautación requiere resolución confirmatoria del Juez.

En caso de no existir peligro por la demora, las partes deberán requerir al Juez la expedición de la medida de incautación, para estos efectos debe existir peligro que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito puede agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.

Los bienes objeto de incautación deben ser registrados en un acta con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones.

Cuando varíen los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, esta será levantada inmediatamente a solicitud del Ministerio Público o del interesado. Las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados y que



no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.

c) **Orden de inhibición.** Consiste en la prohibición del imputado o del tercero civil, para realizar actos de disposición sobre los bienes objeto del embargo, en ese sentido procede que el Juez dicte orden de inhibición para disponer o gravar los bienes del imputado o del tercero civil, que se inscribirá en los registros públicos. La inhibición permite obligar al investigado a no disponer o gravar sus bienes en tanto se realizan las investigaciones preliminares. Se trata de una medida muy útil para asegurar el posible resarcimiento por el delito cometido.

Tanto el embargo como la inhibición general de bienes son medidas que previenen la futura insolvencia de quien puede ser pecuniariamente responsable, son medidas precautorias que tienden a evitar posibles enajenaciones o transferencias de los bienes afectados con el embargo, es decir, supone la disponibilidad de aquellos por parte de los sujetos obligados en satisfacer la deuda civil en el proceso penal.

Una vez que el juzgador dicte el auto de embargo, los sujetos procesales legitimados podrán solicitar la orden de inhibición sobre los bienes afectados con la medida cautelar, por ende la orden de inhibición está condicionada a la efectiva adopción del embargo por parte del Juez penal.

d) **Desalojo preventivo.** Corresponde a lo que bajo el Decreto Legislativo N° 312 se conoce como administración provisional de posesión. Procede en los delitos de usurpación, siempre que existan motivos razonables para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado.

El Juez resuelve a pedido del Fiscal o el agraviado en el plazo de 48 horas.

Es procedente esta medida en los delitos de usurpación donde el sujeto siga manteniendo posesión antijurídica del bien en el transcurso del proceso, a menos que voluntariamente lo desocupe, si existen indicios y evidencia suficientes de que el



imputado a ingresado al bien inmueble de forma penalmente antijurídica, es plausible que se estipulen medidas cautelares y hacer que cese dicho estado delictivo, a fin que no se siga causando más perjuicio al verdadero titular del derecho real.

Así el desalojo preventivo es una figura a fin de que se proceda a la desocupación del bien, sin necesidad de esperar para la ejecución de la condena.

e) **Medidas anticipadas.** El Juez, excepcionalmente, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito.

f) **Medidas preventivas contra las personas jurídicas.** Las medidas preventivas contra las personas jurídicas han sido configuradas con una doble finalidad: como instrumento preventivo neutralizador de criminalidad y como medida asegurativa de la condena civil.

El Juez a pedido de la parte legitimada, puede ordenar respecto a las personas jurídicas:

1. La clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos.
2. La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades.
3. El nombramiento de un administrador judicial.
4. El sometimiento a vigilancia judicial.
5. Anotación o inscripción registral del procedimiento penal.

g) **Pensión anticipada de alimentos.** Procede imponerla en los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual o delitos que se relacionan con la violencia familiar, a favor de los directamente ofendidos que, como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio, se encuentran imposibilitados de obtener el supuesto para sus necesidades.

El NCPP, ha previsto en el ámbito de las medidas reales preventivas, la pensión de alimentos anticipada, cuando los efectos perjudiciales del delito han configurado un

estado de necesidad, concretizado en la incapacidad de los ofendidos por el delito, para solventar sus gastos alimenticios. (Neyra, 2010).

## 2.9 El embargo

Consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado aunque se encuentre en poder de tercero; con las reservas que para este supuesto señala la ley (Art. 642 del Código Procesal Civil). El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos siempre que hayan sido solicitados y concedidos (Artículo 642 y 645 del Código Procesal Civil).

El embargo sea civil o penal, se define como la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecho por mandamiento de Juez competente por razón de delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado, a diferencia de la incautación que recae sobre cosas litigiosas.

En el embargo de carácter penal el sujeto pasivo de la medida es el autor o el partícipe del delito o, en su caso, el tercero civil, quien debe ser emplazado judicialmente; en este último caso puede tratarse tanto de personas naturales como jurídicas. (Cubas, 2015).

Según Sánchez Velarde, el embargo en el proceso penal, aparece como una de las medidas cautelares de naturaleza patrimonial útil contra el imputado para asegurar el pago de la reparación civil a favor del agraviado o perjudicado por el delito, en caso de sentencia condenatoria.

La ley penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena y que comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios (arts. 92° y 93° C.P)

En efecto, a través del embargo, se cautela la pretensión pecuniaria de la víctima desde el inicio del proceso y en espera que se dicte sentencia condenatoria que fije el pago de la reparación del daño. Se trata de una medida asegurativa de la reparación civil que se



rige por sus propias normas procesales penales en concordancia con las normas del procedimiento civil.

Oré Guardia, Esta medida de naturaleza real es la más importante dentro de esta clase (medidas coercitivas reales), tanto para efectos de la reparación civil que se persigue en el proceso penal, como por las limitaciones que impone al imputado en lo concerniente a la facultad de disponer de sus bienes, o, al tercero civilmente responsable. (Oré, 1993).

Gimeno Sendra (2007), el embargo puede ser definido como una medida cautelar real, mediante la que se persigue la individualización y adscripción de bienes suficientes del patrimonio del imputado a garantizar las eventuales responsabilidades civiles derivadas de la comisión de un hecho punible.

Para que el embargo este válidamente trabado es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

En primer lugar, que los bienes sobre los que recaiga pertenezcan al imputado, ya se hallen en su poder, ya en el de un tercero.

En segundo, que tengan un contenido patrimonial y sean susceptibles de realización y, por último que la ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial.

### **2.9.1 Naturaleza**

El embargo en el proceso penal, a diferencia de lo que acontece en el civil, constituye una medida de naturaleza subsidiaria a la exigencia de fianza, por cuanto tan sólo puede ser acordada cuando el imputado no haya prestado la fianza exigida o no lo haya hecho en la cuantía suficiente.

Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 589 y 597 L ECrim, que, de conformidad con el principio de la “alternativa menos gravosa”, solo permite al Juez de Instrucción proceder al embargo de los bienes del imputado cuando éste no haya prestado fianza en el plazo legalmente establecido (el día siguiente al de la notificación del auto que ordene la prestación de fianza), de tal forma que, si efectivamente es

prestada fianza, la posibilidad de dictar el embargo pierde toda su razón de ser (salvo que, “*rebus sic stantibus*”, el sujeto pasivo del proceso penal no pudiese hacer frente a una hipotética ampliación del momento de la fianza, acordada ex art. 611° LECrim), (Gimeno, 2007),

### 2.9.2 Características.

El Juez penal dictara la medida de embargo sobre los bienes del imputado, al momento de abrir instrucción o en cualquier estado del proceso, sea de oficio o a pedido del Fiscal o la parte civil. Sera obligatoria e inmediata la medida si se dictara mandato de detención en el auto de apertura de instrucción (Art. 94°).

- a) Este embargo tiene naturaleza preventiva y recaerá sobre los bienes del imputado que sean “bastantes para cubrir la reparación civil”.
- b) Se trata de una medida cautelar jurisdiccional, taxativa, proporcional y provisional.
- c) Como cualquier medida cautelar, el embargo da origen a la formación de un incidente o cuadernillo que corre conjuntamente con el expediente principal.
- d) Para efectos de proceder al embargo, nuestra ley obliga a requerir al inculcado a que señale cuáles son sus bienes libres. Dice la ley procesal que “se requerirá al inculcado con domicilio conocido que señale bienes libres susceptibles de ser embargados”. (Art. 95°). Lo que resulta, naturalmente, contraproducente pues deja en manos del propio imputado la decisión sobre los bienes que le puedan ser embargados.
- e) No cabe duda que lo expuesto en el punto anterior requiere de una urgente modificación de la ley procesal para hacer realidad el embargo. En tanto, la defensa de la parte agraviada (aún cuando corresponde al Ministerio Público); deberá auxiliar la labor jurisdiccional procurando la ubicación de los bienes susceptibles de embargo.
- f) En el caso de no señalarse bienes dentro de las veinticuatro horas, se procederá al embargo de aquellos que se sepan son de propiedad del inculcado.



- g) También se establece en el Art. 95° in fine de la ley procesal, que tanto el auto que ordena el embargo así como el de incautación de bienes, son notificados una vez que sea verificada la medida; y sólo se podrá tramitar la impugnación después que el embargo se haya ejecutado (Art. 94° in fine).
- h) Producido el embargo, el inculpado podrá sustituirlo por caución o una garantía real que, en opinión del Fiscal, sea suficiente para cubrir la reparación civil.
- i) Los embargos deben ser inscritos en los Registros Públicos (Art. 97°).
- j) El embargo puede adoptar las formas de depósito, intervención o retención; y tratándose de dinero, alhajas o valores, el depósito se hará en la caja de depósito y consignaciones (Art. 98°).
- k) Las tercerías o las preferencias de pago sobre el bien embargado, se rige por las normas de procedimientos civiles.
- l) El embargo puede recaer en el tercero civil responsable, cuando el imputado no tuviera bienes o no fueren suficientes para la eventual reparación civil.
- m) El embargo se levantará cuando el proceso penal sea archivado o se absuelva al imputado en la sentencia. En caso de sentencia condenatoria, solo cuando el condenado pague la reparación civil fijada en la sentencia para liberar el bien embargado. (Sánchez, 2004).

### **2.9.3 Efectos jurídicos.**

El embargo genera principalmente tres efectos jurídicos.

- a) La pérdida temporal del bien embargado al imputado o tercero civil, los que se encuentren a disposición de la autoridad judicial o de la persona que el Juez haya designado para su custodia.
- b) La pérdida definitiva del bien embargado cuando se dicta sentencia condenatoria y el obligado no paga la reparación civil; o la devolución del mismo si la sentencia es absolutoria o se dicta auto de sobreseimiento de la causa.
- c) La posibilidad de que el agraviado pueda obtener el pago de la reparación civil haciéndolo efectivo del bien embargado. (Sánchez, 2004).

#### **2.9.4 Señalamiento de bienes y práctica del embargo**

Una vez constatada la procedencia del embargo, el órgano judicial requerirá al imputado, constituyéndose a tal efecto la Comisión Judicial (compuesta por el secretario u oficial habilitado y el agente judicial) en su domicilio, para que manifieste relacionada mente bienes suficientes para cubrir la cantidad que se hubiese fijado para cubrir las responsabilidades pecuniarias, con el apercibimiento de las sanciones que puedan imponérsele, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren (art. 589°.2 LEC, de aplicación supletoria en virtud de lo dispuesto en el art. 614° LECrim (España).

Cuando el imputado no fuere habido, se hará el requerimiento a su mujer, hijos, apoderado, criados o cualquier otra persona que se encuentre en su domicilio. Si no se encontrare a ninguna de ellas, o si las que se encontraren, incluido el imputado, no quisieran señalar bienes que puedan ser embargados, la Ley autoriza a embargar los bienes que la comisión estime que pertenezcan al imputado, guardándose el orden de prelación y observándose las prohibiciones establecidas legalmente (art. 598° LECrim en relación con los arts. 592° y 606° y ss. LEC). (Gimeno, 2007).

#### **2.10 La incautación**

La incautación es la medida cautelar dictada sobre bienes o derechos, que se presume, que constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito, y por tal razón llegado el momento podrán ser objeto de decomiso (...). Ordinariamente la incautación será ordenada por el juez, pero también en casos de urgencia puede ser dispuesta y ejecutada por el fiscal o la propia Policía. (NCPP, 2015).

La incautación es una medida cautelar de carácter real, por lo que recae en el patrimonio del imputado o en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, con la finalidad de impedir que durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de

las sentencias con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito o en cuanto a la propia eficacia del proceso. (Neyra, 2010).

La incautación es la medida cautelar dictada sobre bienes o supuestos derechos patrimoniales, que se presume, constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito, o se trata de bienes por valor equivalente o de bienes pertenecientes a las organizaciones criminales, y por tal razón, llegado el momento, puede ser objeto de decomiso. Excepcionalmente puede dictarse sobre el objeto del delito o infracción, cuando se trate del objeto del delito del lavado de activos o del financiamiento del terrorismo, o también cuando se trate de bienes cuyo reconocimiento de derechos reales sobre los mismos se encuentra sujeto a limitaciones o requisitos y no se cumple con dichos requisitos, como sería el caso de la tenencia de un arma de fuego. Pero claro, si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, directamente se realizará el decomiso (con fines de destrucción) sin que sea necesario y posible realizar previamente su incautación.

En otras palabras, es la medida cautelar dictada o ejecutada con la finalidad de asegurar el decomiso de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito y otros bienes o activos que pueden ser materia de decomiso. Como toda medida cautelar es de carácter provisional y al afectar un presunto derecho fundamental (derecho de propiedad en discusión) requiere ser autorizado judicialmente, salvo los casos de peligro en la demora en la que puede disponerlo la Policía o el Ministerio Público, requiriendo posteriormente confirmatoria judicial. (Delgado, 2015).

Es la privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal o también puede decirse que es la desposesión que realiza la autoridad competente de bienes y efectos por razones de interés público o de actuaciones ilícitas. (Paredes, 2011).

Es una medida real que persigue el aseguramiento, mediante su aprehensión y ocupación, de bienes delictivos: efectos e instrumentos del delito, así como objetos del



mismo, siempre que exista peligro de infructuosidad: evitar su pérdida o desaparición, a fin de responder a la consecuencia accesoria de decomiso. Como es obvio, esta medida no se refiere al riesgo de insolvencia, sino solo de desaparición de bienes delictivos. (San Martín, 2015).

Oré Guardia, citado por San Martín Castro (2011), señala que la incautación, como medida cautelar real, debe ser entendida como la restricción de los derechos reales del procesado sobre su patrimonio, especialmente, sobre los bienes muebles e inmuebles relacionados con los hechos de investigados penalmente.

Incautación Artículo 13°.- El Fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, los que serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario.

Queda prohibido bajo responsabilidad, disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleados para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencie absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de los mismos.

### **2.11 Objeto de la incautación.**

Constituyen materia u objeto de la incautación, todos los bienes, derechos, cosas u otros elementos susceptibles de decomiso; esto es, todo lo que constituya instrumentos, efectos y ganancias del delito.



Aún cuando el artículo 316° del Código Procesal Penal no hace referencia a “ganancias”, de conformidad con las demás normas anotadas con anterioridad principalmente la Ley de Lavado de Activos y el artículo 102° del Código Penal, modificado por el D. Leg. 982, queda claro que también se comprende a estas. En este sentido, debemos dejar de lado ciertos criterios que excluyen a las ganancias como objeto del decomiso y por ende de la incautación.

De otro lado, debemos ratificar nuestro criterio, de que constituye un error que se repite en el artículo 316° el Código Procesal Penal y el D. Leg 982, en haber comprendido dentro de los objetos materia de incautación a los objetos del delito, esto es, los bienes sobre los cuales ha recaído la acción delictiva. Pues, estos bienes no constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito, y por tanto, no pueden ser incautados; por el contrario, tan pronto como sean descubiertos o recuperados deberán ser entregados a sus titulares o a las personas en poder de quienes se encontraban, En estos casos, sólo se pueden retener los bienes si es que fueran indispensables para realizar algunas pericias o diligencias con fines de esclarecimiento de los hechos, pero en ningún caso corresponde incautarlos. Su afectación transitoria y extraordinaria constituye un típico caso de secuestro (Gálvez Villegas, 2009).

Nuestro Código Procesal Penal, señala que el objeto de la incautación recae sobre los objetos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley (artículo 316.1 CPP 2004). Respecto a la distinción de los diferentes objetos en los cuales procedería la incautación, el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, ha desarrollado la siguiente clasificación:

- a) Los efectos del delito o producto scaeleris son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o las monedas falsas.
- b) Los instrumentos del delito o instrumenta scaeleris son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, has servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercadería.
- c) Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas. (San Martin, 2015).

### 2.11.1 Momento en que debe realizarse o disponer la incautación

La incautación puede ser realizada por la policía en las primeras diligencias realizadas, aun sin la intervención del Fiscal, cuando la urgencia del caso lo amerite, particularmente en los casos de delito flagrante, en que se encuentra, los objetos o bienes que constituyan instrumentos, efectos o ganancias del delito; tal como lo indica el artículo 218° del Código Procesal Penal. En este caso, la policía comunicará de inmediato al Fiscal, quien, de encontrar adecuada la medida, pedirá la respectiva confirmación de parte del Juez. En estos supuestos, la incautación se realiza aun antes de iniciarse la investigación preparatoria, o durante ésta, cuando en ocasión de la realización de las diligencias encomendadas a la policía por parte del Fiscal, se descubren o encuentran los instrumentos o productos del delito (efectos y ganancias).

Asimismo, podrá ser realizada por el Fiscal, también cuando se trate de supuestos de urgencia y no se pueda recabar de inmediato la respectiva autorización o resolución del Juez. Esto puede ser durante la investigación preparatoria o también en las diligencias previas o preliminares a ésta. Al igual que en el caso anterior, el Fiscal deberá solicitar de inmediato la respectiva confirmación de parte del Juez, quien podrá aprobarla o desaprobala.

En los casos en que no exista peligro en la demora, el Fiscal deberá requerir al Juez la expedición de la medida de incautación. Esto podrá realizarse en la investigación preparatoria, no pudiendo realizarse en las investigaciones previas o preliminares, puesto que si se requiere la intervención del Juez para dictar una medida limitativa de derechos; previamente se deberá iniciar formalmente la investigación preparatoria.

El Artículo 317° del CPP, establece que la incautación procederá cuando exista peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos. Esto evidencia una vez más, que el legislador no ha comprendido debidamente la naturaleza de la incautación como medida cautelar del decomiso, y por ello, con este criterio atenta contra la funcionalidad de la institución y, sobre todo, deja de lado el verdadero fundamento de la incautación y del decomiso. Pues, como se ha indicado con anterioridad, si existen indicios suficientes de que se trata de un instrumento que ha



servido como medio para la comisión del delito, la posesión del mismo en poder el agente, implica por sí mismo un peligro que justifica la incautación; tanto más si constituye un elemento de convicción o medio de prueba para el esclarecimiento de los hechos, y por tanto, puede además, ser afectado en secuestro con fines de investigación. Consecuentemente, la incautación en estos casos, no se fundamenta en la existencia de peligro de la libre disponibilidad, o quedar condicionada a ello, por el contrario, para que opere la incautación es suficiente la peligrosidad objetiva de la posesión o tenencia del instrumento del delito en poder del agente, con la posibilidad de que pueda emplearlo nuevamente en la comisión de otros delitos. (Gálvez, 2009).

### **2.11.2 Instrumentos del Delito**

Constituyen instrumentos del delito todos aquellos bienes, objetos o medios con los que cometió el delito o intento cometer; así, las maquinas empleadas en la falsificación de numerario, las armas de fuego empleadas en la comisión de delitos patrimoniales etc.

### **2.11.3 Efectos y ganancias del delito**

Objeto del delito de contrabando, constituido por los bienes o mercadería ingresada al territorio nacional, estos no constituyen propiamente objeto de dicho delito. En efecto, una cosa es la mercancía fuera del territorio nacional, de donde, si no se lo hace ingresar lícitamente, no tendrá existencia para el mercado nacional; y otra muy distinta, es la mercancía en el territorio nacional, con documentación falsa y puesta en valor en el mercado. La mercancía en el territorio nacional (como producto del contrabando) constituye un nuevo valor en el mercado, valor producido por la acción delictiva de contrabando. Este valor constituye un efecto o producto de distinta naturaleza al bien que se encontraba fuera del territorio, no de distinta naturaleza física o material pero si de una nueva condición y naturaleza jurídica. Consecuentemente, la acción de contrabando produce efectos (mercancía ingresada subrepticamente, burlando los controles aduaneros) y sobre ellos procederá el decomiso sin problema alguno, pero no por que constituyan objeto del delito, sino porque configuran efectos del delito o infracción penal. (Delgado, 2015).

#### 2.11.4 Clases de incautación

El Acuerdo Plenario 5-2010 clasifica la incautación en dos tipos:

a) **Incautación Instrumental;** que viene a tener por objeto la búsqueda de pruebas o la restricción de derechos. Es propiamente una medida instrumental restrictiva de derechos. Está contemplada en los artículos 218 al 223 del Código Procesal Penal.

b) **Incautación Cautelar;** que viene a ser una medida de coerción con una típica función cautelar. Está contemplada en los artículos 316 al 320 del Código Procesal Penal.

Para distinguir la función de estas clases de incautación el Acuerdo Plenario agrega que en el caso de la incautación instrumental su función es primordialmente conservativa de aseguramiento de fuentes de prueba material y luego probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el caso de la incautación cautelar su función es sustancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad. (Acuerdo Plenario, 2010).

Paredes (2011), señala dos clases de incautación, la primera incautación instrumental. Como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos y así está regulado en los artículos 218° al 223°. Recae sobre bienes que constituyen cuerpo del delito o contra cosas que se relacionan con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. La segunda Incautación Cautelar. Como medida de coerción y así está regulado en los artículos 316° al 320°. Tiene incidencia en los efectos de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por ley.

## 2.12 La incautación cautelar

Conforme lo ha precisado la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 (fundamento 7) en el NCPP la medida procesal de incautación presenta una configuración jurídica dual.

- Como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos propiamente medida instrumental restrictiva de derechos, refiriéndose a la medida prevista por los artículos 218° al 223° del NCPP; Y
- Como medida de coerción con una típica función cautelar, conforme a lo prescrito por los artículos 316° al 320° del NCPP.

En el primer caso, su función primordial es de aseguramiento de fuentes de prueba material (función probatoria), en tanto que, en el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso, y de impedimento a la obstaculización de averiguación de la verdad.

En este aspecto es acertado que la Corte Suprema inicie su análisis a partir del reconocimiento de dos tipos de incautación, aunque la denominación de “medida instrumental” genere cierta confusión, puesto que las medidas coercitivas o de coerción también tienen un carácter instrumental, pues no cumplen una función en sí misma, sino que sirven para asegurar los fines del proceso. En tal sentido, a efectos de distinguirlas podemos afirmar que un tipo de incautación se ha establecido como medida de búsqueda de pruebas y el otro tipo de medida ha sido concebida como medida cautelar o de coerción.

En función de lo prescrito por los artículos 202° del NCPP, fin de esclarecimiento del proceso, y 203° del NCPP, fines de averiguación, queda claro que la incautación regulada por los artículos 218° a 223° del NCPP, es una medida orientada al esclarecimiento de los hechos y a la búsqueda de pruebas, a diferencia de la incautación como medida cautelar desarrollada en los artículos 316° al 320° del Código Adjetivo. Pues a tenor de lo prescrito por el artículo 218° inciso 1, la incautación para la prueba se orienta sobre bienes necesarios para el esclarecimiento de

los hechos; en tanto que según el 316° inciso 3 del NCPP, la incautación cautelar se encuentra estrechamente ligada a la posibilidad de aplicar una consecuencia accesoria, decomiso o pérdida de los efectos provenientes del delito, conforme a lo prescrito por los artículos 102° y 103° del Código Penal, o de evitar el ocultamiento de bienes o la insolvencia sobrevenida como lo establece el inciso 3 del artículo 253° del NCPP, que a su vez posibilitaría cobrar la reparación civil.

Otro aspecto abordado por el acuerdo plenario tiene que ver con el objeto de la incautación, aquí la Corte Suprema, en una lectura acorde con lo regulado por el NCPP, parte de la diferenciación de los dos tipos de incautación y señala que:

- La incautación como medida de búsqueda de pruebas se dirige contra: a) Bienes que son cuerpo del delito, b) Cosas relacionadas con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento del delito.
- La incautación cautelar incide en: a) Los efectos del delito (objetos y ganancias), b) Los instrumentos del delito, y c) Los objetos del delito

En cuanto al régimen de la incautación, instrumental o cautelar, se tiene que es una medida que en los casos de peligro por la demora la realiza, en primer término, la policía o la fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la investigación preparatoria.

La Corte Suprema parte de un error metodológico, pues realiza un desarrollo general del régimen de la incautación, desconociendo por completo la existencia de dos tipos de incautación, que a su vez presentan un régimen o una regulación diferenciada, como se muestra a continuación.

La incautación para la prueba contempla tres supuestos:

- a) Peligro por la demora. La puede disponer el fiscal
- b) Negativa frente al requerimiento fiscal para la entrega o exhibición del bien. Se requiere autorización judicial previa.
- c) Flagrancia delictiva o peligro inminente de comisión del hecho delictivo. Por sí misma la puede realizar la policía, dando cuenta inmediata al juez.

La incautación cautelar contempla solo dos supuestos:

- a) Peligro por la demora. La puede realizar la policía o el fiscal (art. 316 NCPP)
- b) Cuando no existe peligro por la demora. Se requiere autorización judicial previa (art. 317 del NCPP).

Como se aprecia el régimen de regulación de ambos tipos de incautación es diferente, y la Corte Suprema al realizar un estudio generalizado incurre en ciertos errores.

Un primer error se evidencia cuando se indica que “fuera de los casos de flagrancia o de peligro inminente de perpetración del delito, se requiere de una decisión del fiscal, lo que no es correcto, por ello rige exclusivamente para los casos de incautación para la prueba, pero no para los casos de incautación cautelar, pues en este último caso, cuando existe peligro por la demora la puede realizar la policía sin autorización fiscal (Art. 316 NCPP).

Un segundo error, de carácter consiste en considerar la flagrancia o peligro de perpetración del delito, como un supuesto para realizar la incautación por la policía, sin embargo, este es un supuesto exclusivo de la incautación para la prueba, más no de cautelar.

### **2.13 Reexamen de la incautación**

El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio tiene dos opciones interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida.

El tercero que alegue ser propietario de los bienes incautados y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319.2 del NCPP, puede “solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad”. (Arana, 2014).

### **Acuerdo Plenario 05-2010/CJ-116**

La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (...), y como medida de coerción (...). En ambos casos en un acto de autoridad que mita las facultades de

dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

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

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

Aun cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes pueden cumplir funciones similares, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102 del Código Penal (...)

La incautación siempre requiere de la resolución judicial, sea antes de su ejecución excepción, párrafo 10°, literal c) o después de ella regla general, párrafo 10°, literal a) y b). En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto de nulidad absoluta e insubsanabilidad, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación. La confirmación judicial debe solicitarse 'inmediatamente' (...). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden suceder en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial al no importar la infracción de un precepto que determine la



procedencia legítima de la incautación no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad.

El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes.

Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

En efecto por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación. El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, (...), puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexiste no la que puede aportar con posterioridad a la incautación puede intentar

derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando esta se decretó o efectivizó. (Acuerdo Plenario, 2010).

Nuestro Código Procesal Penal, señala que el objeto de la incautación recae sobre los efectos provenientes de la infracción penal los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley (artículo 316.1 CPP 2004). Respecto a la distinción de los diferentes objetos en los cuales procedería la incautación, El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, ha desarrollado la siguiente clasificación:

- a) Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga etc.
- b) Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercadería, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etc.
- c) Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas.

A su vez, la incautación, como medida procesal, permite asegurar el eventual decomiso de los objetos como consecuencia accesoria del delito principal (artículo 102 del CP).

El Código Procesal Penal autoriza a la Policía o el Fiscal, durante las primeras diligencias o en el curso de la investigación preparatoria a incautar los efectos provenientes del delito o los instrumentos con que se hubiera ejecutado, siempre que exista peligro en la demora. Dicha incautación requiere resolución confirmatoria del Juez.

En caso de no existir peligro por la demora, las partes deberán requerir al juez la expedición de la medida de incautación, para estos efectos debe existir peligro que la





libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito puede agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.

Los bienes objeto de incautación deben ser registrados en un acta con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones.

Cuando varíen los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, esta será levantada inmediatamente a solicitud del Ministerio Público o del interesado. Las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad. (Neyra, 2015).

## **2.14 Derecho de Propiedad**

### **2.14.1 Según la Constitución Política del Estado.**

El derecho de propiedad es un derecho consagrado en la Constitución del Estado. En efecto, proclama el artículo 70 que el derecho de propiedad es inviolable, que el Estado la garantiza y que a nadie se le puede privar de su propiedad, sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley.

La doctrina más autorizada de los derechos reales en nuestro país, enseñada por Jorge Avendaño Valdez, sostiene, al comentar el artículo 70 de la Constitución del Estado lo siguiente: “¿qué quiere decir que la propiedad es inviolable? (...) inviolable significa que nadie la puede afectar, desconocer o cuestionar. Inviolable quiere decir que el propietario no puede ser privado de su derecho, salvo que sea por una decisión judicial. No puede violar la propiedad un particular, tampoco el Estado. Éste por el contrario la garantiza, es decir asegura que respetará la propiedad y que la hará respetar”. Agrega este autor al referirse al ejercicio de la propiedad dentro de los límites de la ley, que “la Constitución admite expresamente que se dicten leyes que limiten o restrinjan la



manera cómo el propietario ejercite su derecho (...) es preciso señalar sin embargo, que la ley que limite el ejercicio de la propiedad no puede llegar al punto de desnaturalizarla. Cómo lo haría? Si en determinado tipo de propiedad la ley restringiera algún atributo del propietario al extremo de hacerlo desaparecer, tal ley sería inconstitucional, porque estaría privando al propietario de una facultad esencial. No se trataría de una limitación, sino de una desnaturalización de la propiedad.

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de Derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporeal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico social. (Jurisprudencial, 2015).

#### **2.14.2 Derecho de Propiedad**

Esta referido a todo un instituto jurídico de los derechos reales.

El derecho de propiedad está referido como el conjunto de poderes jurídicos o derechos del titular frente al bien. Es una relación patrimonial que se sustenta en la utilidad no solo para su titular sino también para la sociedad, en consecuencia es un derecho social y fundamental, al cual todos, sin distinción alguna, tienen acceso, y es viva preocupación del hombre actual. (Gonzales, 2012).

##### **a) Derecho Real.**

Es el poder jurídico que ejerce directa o indirectamente una persona sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial y que es oponible a cualquier otro.

Es un poder directo e inmediato sobre una cosa que concede a su titular un señorío, bien pleno o bien parcial, sobre aquella, de forma que el ámbito poder concedido tiene la cosa sometida a su dominación.

Son derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto los bienes corporales.

Es la relación directa e inmediata entre el titular el derecho y el bien.

#### **b) Bienes inmuebles y muebles**

Los bienes corporales se dividen en inmuebles y muebles (artículos 885° y 886° del Código Civil); sin embargo, se dice también que esta clasificación es aplicable tanto a los bienes corporales como a los incorporables. Estos bienes están referidos básicamente a los que se clasifican por su naturaleza, los corporales (muebles e inmuebles)

El Código Sustantivo Civil no contiene norma alguna que defina los bienes inmuebles los llega solo a enumerar en su artículo 885 (tampoco lo hicieron los Códigos de 1852 y 1936). Estos bienes son aquellos que no pueden transportarse de un lugar a otro.

Los bienes muebles tampoco son definidos por el Código Civil, solo son enumerados, pero aun así, se advierte cierta definición legal en su artículo 886°, son muebles los bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.

### **JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LA INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR DELITO DE CONTRABANDO**

Casación 45-2012-Cusco.- La Corte Suprema sostiene que la devolución de vehículos incautados por la Sunat-Aduanas es una potestad otorgada por la ley procesal tanto al juez como a la policía y al fiscal, y de manera implícita, pero inequívoca indica que el vehículo objeto de contrabando adquirido por un comprador de buena fe no es un bien intrínsecamente delictivo.

Casación 273-2012.- La Corte Suprema resuelve de manera distinta denegando la devolución de un vehículo bajo el argumento de que el bien, en apariencia, es intrínsecamente delictivo y que la investigación debe continuar para identificar a los responsables, a pesar que la investigada [compradora de buena fe] no participó en el delito



Casación 136-2013 –Tacna.- En esta resolución la Corte Suprema en síntesis sostiene que los bienes que tengan vinculación con delitos aduaneros sólo podrán ser devueltos cuando exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme que así lo disponga, mientras no se den esta resoluciones los bienes permanecerán bajo custodia de la administración tributaria a pesar de no haberse confirmado la incautación.

Casación 66-2011-Cusco.- En ésta el Máximo Tribunal expresa que no es necesario ningún desarrollo jurisprudencia para determinar cuál es la norma de aplicación sobre la devolución de bienes incautados en el ámbito de los delitos aduaneros, esto es, si corresponde aplicar la Ley de Delitos Aduaneros o el Código Procesal Penal porque dichas normas no presentan supuestos de contrariedad o vacío legal que dificulten la determinación de la norma de aplicación. Que el artículo 320.1 del Código Procesal Penal o resulta concluyente al señalar que “...dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos”.

Casación 113-2013-Arequipa.- En esta resolución la Corte Suprema establece lo siguiente: “Cuando el bien producto del contrabando es intrínsecamente delictivo, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que éste sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc) pues este vehículo al no tener DUA (Declaración Única de Aduanas) no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a la que se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el bien, entonces necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es al Estado peruano, representado en este caso por la SUNAT. Se desarrolla interpretativamente por extensión el artículo 320.1 del CPP.

Como podemos apreciar, los pronunciamientos de la Corte Suprema en torno a nuestro tema han sido contradictorios y por ello no contribuyen a una justicia predecible.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en el expediente 02989-2012-PC/TC ha expresado lo siguiente: “...en los casos en los que se encuentre objetivamente acreditada la no vinculación absoluta del propietario del vehículo con los hechos investigados, el mantenimiento de la medida de incautación sobre el vehículo, más allá



de la necesaria etapa investigatoria constituye una limitación ilegítima en el derecho de propiedad, por lo que corresponde su devolución”.

Como podemos apreciar, no obstante que existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional favorable a la devolución de vehículos a los propietarios que no tienen ninguna vinculación con el delito, y también hay casaciones de la Corte Suprema que han resuelto confirmar la devolución, sin embargo en la práctica judicial se deniega esta devolución vulnerando de esta manera el derecho de propiedad de los compradores de buena fe.



## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA

#### 3.1 Diseño metodológico

##### 3.1.1 Enfoque de investigación

**Cuantitativo.**- Debido a que en la investigación se utilizó “la recolección de datos para probar la hipótesis con base en la medición numérica y el análisis estadístico”. (Hernández y Otros, 2014).

##### 3.1.2 Tipo investigación jurídica

**Dogmático; explicativo-correlacional.**- Es descriptivo ya que “describe fenómenos o situaciones fácticas” (Lino, 2014), del problema planteado especificando sus características y así sometiéndolos a un análisis respondiendo así a las causas de los eventos y fenómenos jurídicos; y es correlacional debido a que expresa una relación entre dos conceptos e implica la factibilidad de observar y demostrar la realidad objetiva del tema de investigación.

#### 3.2 Población

La población está comprendida por el conjunto de resoluciones que versan sobre los procesos de incautación llevados a cabo en la 1° Sala Penal de Apelaciones- Sede Central del Distrito Judicial del Cusco en los casos de delitos de contrabando expedidos durante los años 2014 y 2015.



### 3.3 Muestra

La muestra se determinó por el *método no probabilístico o dirigido* en cuanto los casos escogidos quedaron a criterio del autor<sup>1</sup>.

### 3.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos,

#### 3.4.1 Técnicas

- **Observación.-** Mediante esta técnica pudimos recolectar información pertinente para el marco teórico y así profundizar en el tema incidido.
- **Análisis documental.-** Técnica que nos permito recabar información de los textos legales así como de las resoluciones contenida en los expedientes.
- **Encuesta.-** Mediante esta técnica nos permitimos ahondar más en el tema de investigación y poder enfatizar y corroborar la hipótesis planteada.

#### 3.4.2 Instrumentos

- Ficha de observación.
- Ficha de análisis documental
- Cuestionario.

---

<sup>1</sup> Hernández Sampieri, Roberto. Metodología de la Investigación, Mc Graw Hill, 6ta Edición 2016, pp 189-191

## CAPÍTULO IV

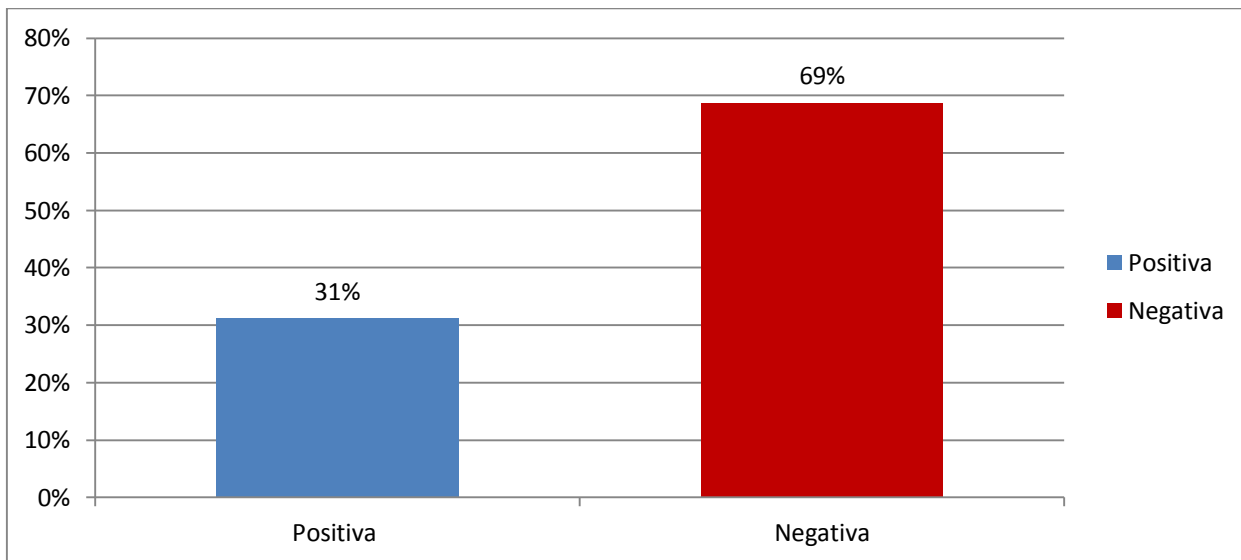
## TRABAJO DE CAMPO

## 4.1 Presentación de resultados

## Pregunta N° 01

¿Está usted de acuerdo con la incautación de vehículos que efectúa la SUNAT por el presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe?

| ALTERNATIVA | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-------------|------------|------------|
| Positiva    | 5          | 31%        |
| Negativa    | 11         | 69%        |
| Total       | 16         | 100%       |



**Figura 1:** Personas que están de acuerdo con la Incautación de vehículos que efectúa la SUNAT por el presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe.

Fuente: Encuestados

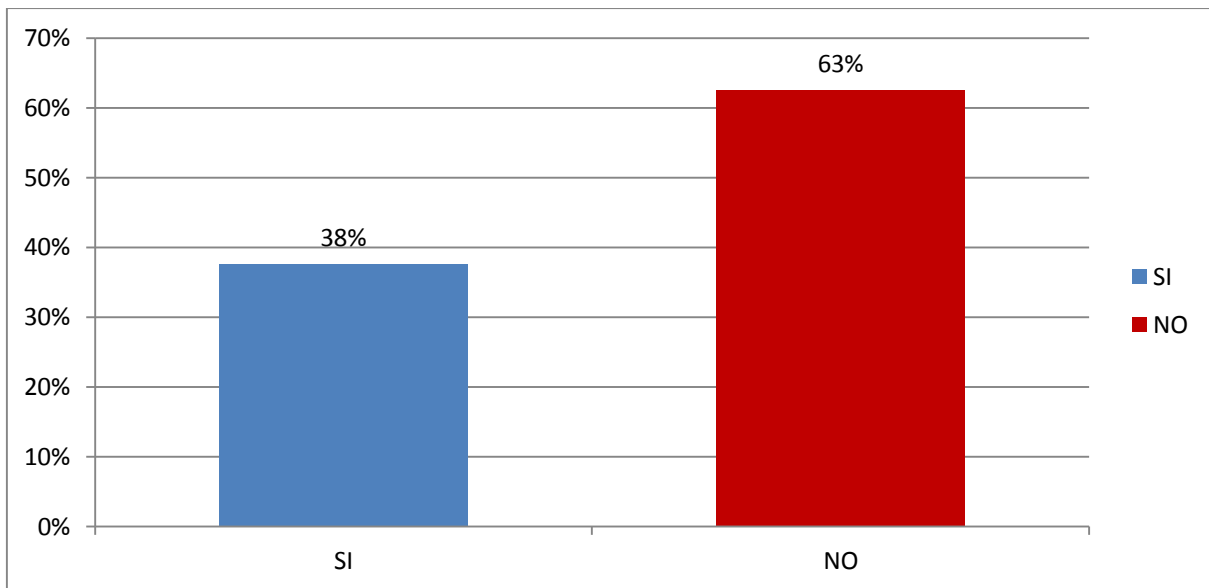
Elaboración propia



## Pregunta N° 02

¿Considera usted que el Estado combate adecuadamente el contrabando de vehículos cuando incauta los mismos a los compradores de buena fe?

| ALTERNATIVA | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-------------|------------|------------|
| SI          | 6          | 38%        |
| NO          | 10         | 63%        |
| Total       | 16         | 100%       |



**Figura 2:** Personas que consideran que el Estado combate adecuadamente el contrabando de vehículo cuando incauta a los compradores de buena fe.

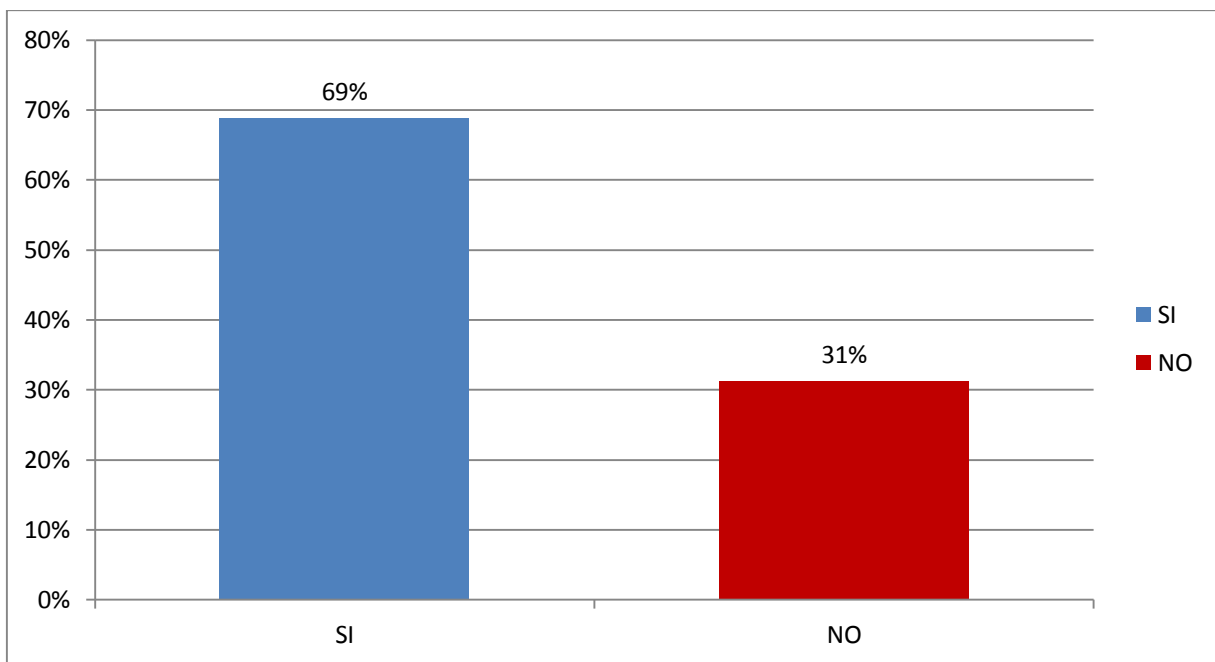
Fuente: Encuestados

Elaboración propia

**Pregunta N° 03**

**¿Considera usted que existe antinomia entre el Decreto Legislativo 1111 (que prohíbe la devolución) y el Código Procesal Penal (que prescribe la devolución) de los vehículos a los compradores de buena fe?**

| ALTERNATIVA | FRECUENCIA | PORCENTAJE |
|-------------|------------|------------|
| SI          | 11         | 69%        |
| NO          | 5          | 31%        |
| Total       | 16         | 100%       |



**Figura 3:** Personas que consideran que existe antinomia entre el Decreto Legislativo 1111 (que prohíbe la devolución) y el Código Procesal Penal (que prescribe la devolución) de los vehículos a los compradores de buena fe.

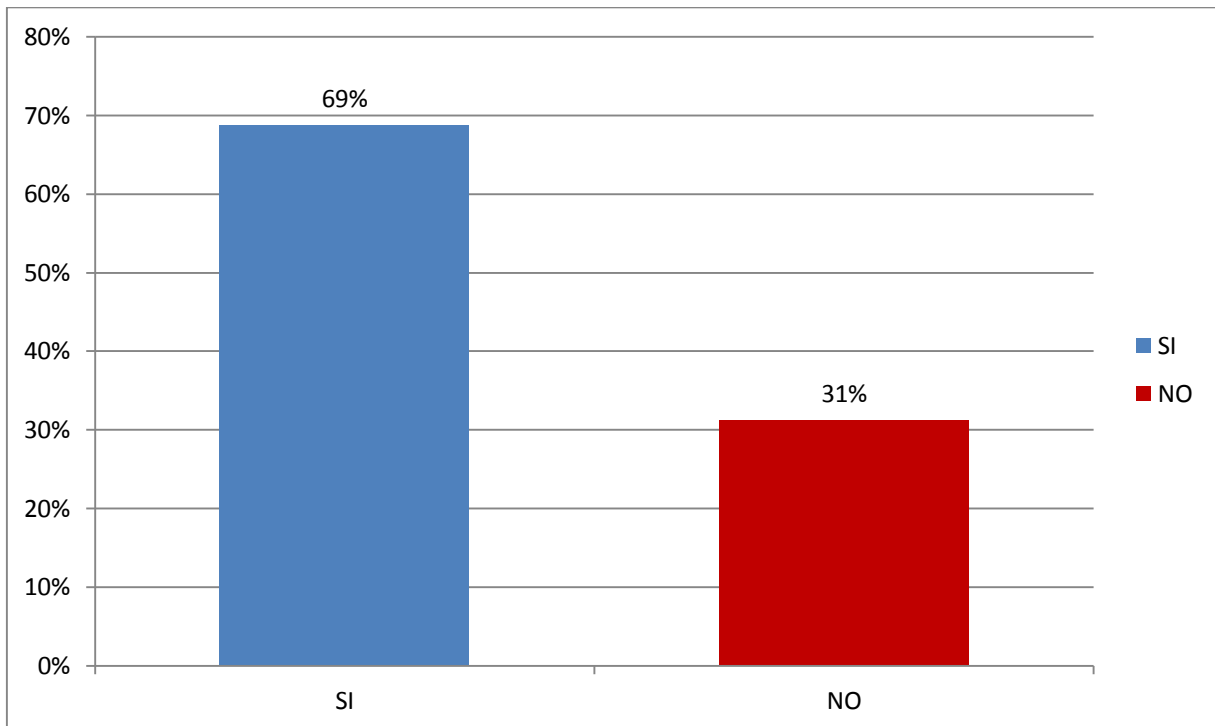
Fuente: Encuestados

Elaboración propia

**Pregunta N° 04**

**¿Considera usted, que la incautación de vehículos a los compradores de buena fe vulnera su derecho de propiedad consagrado en el Artículo 70 de la Constitución?**

| ALTERNATIVA  | FRECUENCIA | PORCENTAJE  |
|--------------|------------|-------------|
| SI           | 11         | 69%         |
| NO           | 5          | 31%         |
| <b>Total</b> | <b>16</b>  | <b>100%</b> |



**Figura 4:** Personas que consideran que el incautar vehículos a los compradores de buena fe, vulnera el artículo 70 de la Constitución Política del Estado.

Fuente: Encuestados

Elaboración propia.



## 4.2 Análisis de los Resultados

### 4.2.1 Análisis de las encuestas

#### Cuadro N° 01

El 69% de los encuestados creen que la incautación de vehículos que efectúa la SUNAT es deficiente por lo que están en desacuerdo.

#### Cuadro N° 02

El 63% de los encuestados consideran que el combate realizado por el Estado contra el contrabando de vehículos es inadecuado en cuanto a la incautación a los mismos compradores.

#### Cuadro N° 03

El 69% de los encuestados consideran que el Decreto Legislativo 1111 (que prohíbe la devolución) y el Código Procesal Penal (que prescribe la devolución) de los vehículos a los compradores de buena fe son contrarios entre sí, denotándose su existencia autonómica.

#### Cuadro N° 04

El 69% de los encuestados opinan que la incautación de vehículos a los compradores de buena fe vulnera el Artículo 70 de la Constitución por lo que esta acción del Estado es Inconstitucional.

#### 4.2.1 Análisis de resoluciones

**Tabla 2**

*Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 1*

---

| <b>ASPECTO A EVALUAR</b> | <b>INCAUTACIÓN DE VEHÍCULO</b>   |
|--------------------------|--|
| <b>DATOS</b>             | 1° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL<br>EXP. : 492-2013-82-1001-SP-PE-01<br>IMPUTADO : EDISON MÁXIMO PILLCO GRAJEDA<br>DELITO : CONTRABANDO   |
| <b>Nº de resolución</b>  | Resolución. 13   |
| <b>Fecha</b>             | Cusco, veintidós de octubre del dos mil trece.   |
| <b>ANALISIS</b>          | El vehículo fue incautado por no contar con el DUA, el propietario argumenta que el vehículo fue adquirido de buena fe, y que además estaba inscrito en Registros Públicos por más de dos años, con el tracto sucesivo, y actuando de buena fe. Los integrantes de la Primera Sala de Apelaciones de Cusco, por unanimidad: Resolvieron confirmar el auto que declara FUNDADO el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación. |

---

Fuente: Poder Judicial

Elaboración propia.

**Tabla 3***Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 2*

---

| <b>ASPECTO A EVALUAR</b> | <b>INCAUTACIÓN DE VEHÍCULO</b>  |
|--------------------------|---|
| <b>DATOS</b>             | 1° SALA PENAL DE APELACIONES - Sede Central<br>EXP. : 01093-2013-38-1001-JR-PE-03<br>IMPUTADO : COLLANTES MENIS, PEDRO DARIO<br>AGRAVIADO : EL ESTADO REPRESENTADO POR<br>LA PROCURADURIA<br>DELITO : CONTRABANDO   |
| <b>N° de resolución</b>  | Resolución. 25  |
| <b>Fecha</b>             | Cusco, 16 de junio del 2014.  |
| <b>ANALISIS</b>          | En el presente caso el vehículo que fue incautado no cuenta con DUA de nacionalización que acredite su ingreso legal al país determinándose que la unidad tiene alteraciones y modificaciones en las grabaciones originales de la serie, el propietario afirma que es el octavo comprador de la unidad vehicular y su primera inmatriculación es de setiembre del 2002 en los Registros Públicos de Lima y Callao y que la denuncia penal se ha archivado a su favor y luego de que el fiscal analizó la documentación presentada dispuso la devolución del bien a su propietario, a quién orientó para los trámites de regrabación del número de serie. La investigación fiscal en el presente caso ha concluido determinándose que es |

---



comprador de buena fe. La sala resuelve declarar.  
Improcedente el pedido realizado por Pedro Darío  
Collantes Menis sobre la devolución de la unidad  
vehicular.

---

Fuente: Poder Judicial

Elaboración propia.

**Tabla 4***Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 3*

---

| <b>ASPECTO A EVALUAR</b> | <b>INCAUTACIÓN DE VEHÍCULO</b>  |
|--------------------------|---|
| <b>DATOS</b>             | 1° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL<br>EXP. : 00862-2014-74-1001-JR-PE-01.<br>IMPUTADOS : GILBERTO RAFAEL BERMUDEZ HUAYNASI Y OTRO<br>AGRAVIADO : ESTADO PERUANO<br>DELITO : CONTRABANDO  |
| <b>N° de resolución</b>  | Resolución. 12  |
| <b>Fecha</b>             | Cusco, primero de Agosto del dos mil catorce.   |
| <b>ANALISIS</b>          | <p>El vehículo incautado inicialmente fue subastado por la Policía Nacional del Perú y se adjudicó a Hitler Rimachi, inscribiéndose en los Registros Públicos en el año 2000, y después de siete tractos sucesivos, el imputado Gilberto Rafael Bermúdez Huaynasi de buena fe, adquirió el vehículo en el año 2009. En este caso el responsable del delito de contrabando sería el primer adquirente, además, ha pasado más de 14 años y el delito habría prescrito.</p> <p>Del sustento de la Fiscal Superior, es que existe indicios de que se ha cometido el delito de contrabando, ya que el vehículo incautado habría ingresado al país de</p> |

---





manera ilegal y la documentación presentada en los Registros Públicos por el primer adquirente sería falso, en este caso no está en discusión la propiedad del vehículo, menos la responsabilidad de los imputados, sino el ingreso ilegal del vehículo incautado. Los miembros de la Primera Sala Penal de Apelaciones de Cusco, por unanimidad, decidieron declarar fundado el requerimiento de confirmatoria judicial de incautación del vehículo.

---

Fuente: Poder Judicial

Elaboración propia.

**Tabla 5***Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 4*

---

| <b>ASPECTO A EVALUAR</b> | <b>INCAUTACIÓN DE VEHÍCULO</b>   |
|--------------------------|--|
| <b>DATOS</b>             | 1° SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL<br>EXP. : 472-2013-61-1001-JR-PE-02<br>IMPUTADA : NERAYDA CARDONA QUISPE<br>AGRAVIADO : ESTADO- SUNAT ADUANAS<br>DELITO : CONTRABANDO  |
| <b>Nº de resolución</b>  | Resolución Nº 6  |
| <b>Fecha</b>             | Cusco, 8 de enero del 2014.  |
| <b>ANALISIS</b>          | En el presente caso la persona de Nerayda Cardona Quispe, fue investigada por la presunta comisión de los delitos de Contrabando en relación al vehículo motorizado de placa de rodaje U1C-839, vehículo que adquirió de buena fe de su anterior propietario, ante la Notaría De Los Ríos Guzmán. Determinada la no responsabilidad de la misma en los hechos investigados, se emitió la Disposición fiscal que ordena el Archivo de la Investigación Preliminar por presunto delito de Contrabando atribuida a Nerayda Cardona Quispe. La recurrente viene a ser 3ero. Adquirente del vehículo, adquisición realizada de buena fe, con su derecho de propiedad inscrito en Registros Públicos. Al haberse archivado la investigación, el vehículo incautado ya no |

---



constituye objeto de delito, por ende corresponde la devolución de dicho bien por el Órgano Jurisdiccional. La Sala resuelve confirmar la resolución que declara infundado el reexamen de la incautación.

---

Fuente: Poder Judicial

Elaboración propia.

**Tabla 6***Ficha de análisis de jurisprudencia sobre incautación de vehículo caso 5*

---

| <b>ASPECTO A EVALUAR</b> | <b>INCAUTACIÓN DE VEHÍCULO</b>   |
|--------------------------|--|
| <b>DATOS</b>             | 1° SALA PENAL DE APELACIONES - Sede Central<br>EXP. : 00345-2013-47-1001-JR-PE-05<br>IMPUTADO : YAURI PORCEL, MARIA<br>AGRAVIADO : EL ESTADO REPRESENTADO POR<br>LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE<br>ADUANAS<br>DELITO : CONTRABANDO  |
| <b>N° de resolución</b>  | Resolución Nro. 8  |
| <b>Fecha</b>             | Cusco, 5 de junio de 2013  |
| <b>ANALISIS</b>          | En el presente caso la defensa técnica de la imputada alega la buena fe en la compra del vehículo, sin embargo la Sala Penal resuelve confirmar el acta de incautación e inmovilización del vehículo de la imputada básicamente porque se encuentra en proceso de investigación y no hay un pronunciamiento de fondo por el momento. |

---

Fuente: Poder Judicial

Elaboración propia.



Como se puede observar de los expedientes analizados, los vehículos son incautados por no contar con el DUA (Declaración Única de Aduanas), a pesar de que los propietarios a quienes se les incauto ya son el tercer, cuarto, etc. comprador en el tracto sucesivo de dicho bien, como se ve se vulnera el derecho de propiedad que se encuentra consagrado en la Constitución.

#### **4.3 Discusión y contrastación de hipótesis**

De acuerdo a lo establecido en la hipótesis, se ha llegado a la conclusión de que la incautación de vehículos que realiza la SUNAT por presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe transgrede su derecho de propiedad. Para demostrar este hecho en lo que sigue vamos a efectuar un análisis de las resoluciones vinculadas a nuestro trabajo de investigación en que el órgano jurisdiccional a pedido del fiscal incauta los vehículos a los compradores de buena y se niega de devolver los mismos a pesar de haberse demostrado su no vinculación con el delito de contrabando.

## CONCLUSIONES

### PRIMERO

La incautación de vehículos por delito de contrabando a los compradores de buena fe es un problema jurídico social que afecta el derecho de propiedad y tiene graves consecuencias en la economía de las personas que involuntariamente se ven comprometidas en este problema.

### SEGUNDO

Los jueces al pronunciarse sobre la incautación de los vehículos a los compradores de buena fe aplican *prima facie* el artículo 13° del Decreto Legislativo 1111° y no toman en cuenta los artículos 319° y 320° del Código Procesal Penal. Es más, no consideran en lo mínimo el derecho de propiedad consagrado en el artículo 70 de la Constitución del Estado. Esta postura significa que los jueces no aplican la ley conforme a la Constitución, sino conforme a la letra de la ley o una interpretación puramente literal. En un Estado Constitucional los jueces deciden los casos respetando los derechos, principios y valores plasmados en la Constitución.

### TERCERO

Existe jurisprudencia suprema contradictoria que en algunos casos ha resuelto confirmando la devolución de los vehículos incautados a los compradores de buena fe, pero en otros, con el carácter de vinculante se ha pronunciado expresando que no procede la devolución al comprador de buena fe, sino que dicha devolución debe efectuarse en favor del Estado.



#### **CUARTO**

La incautación y posterior denegatoria de devolución de los vehículos a los compradores de buena fe no solo vulnera el derecho de propiedad de los mismos, sino también su derecho al trabajo porque la mayor parte de estos propietarios compran los vehículos para generarse una fuente de ingreso.

#### **QUINTO**

Las personas a quienes se les incautan los vehículos por presunto delito de contrabando son generalmente compradores que figuran después del segundo comprador en el tracto sucesivo.

#### **SEXTO**

Tal como hemos podido advertir, la Corte Suprema ha emitido casaciones contradictorias en el caso de devolución de vehículos a los compradores de buena fe, hecho que también vulnera la seguridad jurídica.



## RECOMENDACIONES

### PRIMERO

Se recomienda que el Estado deba implementar una adecuada política en relación al combate del contrabando de vehículos, sin lesionar el derecho de propiedad de los compradores de buena fe. Las deficiencias del Estado en su política tributaria no pueden derivar en una afectación intensa de un derecho fundamental de las personas que no tienen ninguna vinculación con el delito.

### SEGUNDO

Se recomienda emitir una propuesta de *lege ferenda* por parte del legislador es decir la dación de una norma que obligue al cumplimiento del pago del impuesto aduanero a los compradores de buena fe; de esa manera no se perjudicaría el derecho de propiedad de estos últimos y al mismo tiempo el Estado no se vería perjudicado con la elusión del pago del impuesto aduanero.





## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo Plenario, 116 (Corte Suprema de Justicia Sala Penal Permanente 16 de Noviembre de 2010).
- Incautación. Acuerdo Plenario. (2010). 05-2010/CJ-116, 116
- Constitucion Política del Peru. (2012). Lima- Peru: Navarrete S.A.
- Arana Morales, W. (2014). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Gaceta jurídica S.A .
- Avendaño Valdes (2005). En J, *Articulo 70 de la Constitucion Politica del Peru*.
- Bramont Arias, L. (2010). *Manual de derecho penal parte especial*. Lima: San Marcos EIRL.
- Bramont Arias, L. A. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- Bramont Arias, L. (s.f.). *Temas de Derecho Penal Tomo IV*. Lima: San Marcos.
- Brutau, P. (2012). Derecho de Propiedad. En N. Gonzales Linares, *Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales*. Lima- Peru: Jurista Editores S.I.R.L.
- Calderon Valverde, L. (2012). Delitos tributarios y aduaneros. *Gaceta penal y procesal penal*, 92.
- Claria Olmedo, J. (1967). *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Cubas Villanueva. (2015). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Palestra Editores.
- De La Oliva Santos. A. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal*.
- De la Oliva Santos, A. (2003). Derecho procesal Penal. Areces.
- Delgado Tovar, W. J. (2015). La devolución de los bienes vinculados al delito de contrabando: A proposito de la casacion N° 113-2013- Arequipa. *Gaceta penal y procesal penal*, 16.
- Gálvez Villegas, T. A. (2009). *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- Galvez Villegas, T. A. (2009). *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal*. Lima- Peru: Jurista Editores E.I.R.L.
- Garcia Morillo, J. (2009). Medidas Cautelares. En T. A. GALVEZ VILLEGAS, *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal* (pág. 185). Lima- Peru: Jurista Editores E.I.R.L.
- Gimeno Sendra, V. (2007). *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex.
- Gonzales Linares, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales*. Lima- Peru: Jurista Editores E.I.R.L.



- Muñoz Conde, F. (2008). Teoría del Delito. En L. M. BRAMONT ARIAS, *Manual de Derecho Penal Parte General* (pág. 128). Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Lima: Moreno S.A.
- Oré Guardia, A. (1993). *Código Procesal Penal*. Lima: Alternativas S.R.L.
- Paredes Matheus, A. A. (2011). *catedrajudicial*. Recuperado el jueves de septiembre de 2016, de [http:// catedrajudicial. blogspot.pe/](http://catedrajudicial.blogspot.pe/)
- Reyna Alfaro. L. M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Instituto Pacifico.
- Romero Pradas, I. (2010). Sobreseimiento provisional. En J. A. NEYRA FLORES, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Lima: Moreno S.A.
- San Martín Castro, C. (2001). *Derecho procesal penal*. Grijley lecciones.
- San Martín Castro, C. (2010). Derecho procesal penal. En J. A. NEYRA FLORES, *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Lima: Moreno S.A.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho procesal penal*. Lima: Iakob comunicadores y editores S.A.C.
- Sanabria Ortiz, R. (1997). *Comentario al Código Tributario y los Ilícitos Tributarios*. Lima: San Marcos.
- Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Moreno S.A.
- Velarde, P. S. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima- Peru: Moreno S.A.
- Von Ihering, R. (1978). *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Von Ihering, R. (2008). El Fin en el Derecho. En L. M. BRAMONT ARIAS, *Manual de Derecho Penal Parte General* (pág. 131). Editoril y Distribuidora de Libros S.A.



# ANEXOS



Modelo de encuesta

UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO  
“LA INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR PRESUNTO DELITO DE  
CONTRABANDO Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD”

ENCUESTA: REALIZADAS A LOS SEÑORES JUECES PENALES DE LA CORTE  
SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CUSCO.

1.- ¿Está Usted de acuerdo con la incautación de vehículos que efectúa la SUNAT por el presunto delito de contrabando a los compradores de buena fe?

Positivo.....

Negativo.....

.....  
.....  
.....  
.....

2.- ¿Considera Usted que el Estado combate adecuadamente el contrabando de vehículos cuando incauta los mismos a los compradores de buena fe?

SI.....

NO.....

.....  
.....  
.....  
.....

2.- ¿Considera Usted que existe antinomia entre el Decreto Legislativo 1111(que prohíbe la devolución) y el Código procesal Penal (que prescribe la devolución) de los vehículos a los compradores de buena fe?

SI.....

NO.....

.....  
.....  
.....



4.- ¿Considera Usted que la incautación de vehículos a los compradores de buena fe vulnera su derecho de propiedad consagrado en el artículo 70 de la Constitución?

SI.....

NO.....

.....  
.....  
.....